

MARIANA CARVALHO POZENATO

SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

CURITIBA
2003

MARIANA CARVALHO POZENATO

SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito, setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho.

CURITIBA
2003

TERMO DE APROVAÇÃO

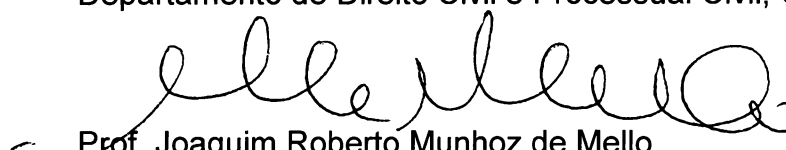
MARIANA CARVALHO POZENATO

SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR


Prof. Eduardo Talamini
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR


Prof. Joaquim Roberto Munhoz de Mello
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 21 de outubro de 2003.

Agradeço ao Professor Manoel Caetano Ferreira
Filho pela dedicação e valiosa orientação.

SUMÁRIO

RESUMO.....vi

1 INTRODUÇÃO.....1

2 PRESSUPOSTOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....3

2.1 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....3

2.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....4

2.2.1 Inadimplemento.....5

2.2.2 Do Título Executivo.....7

2.2.2.1 Certeza, liquidez e exigibilidade.....9

2.3 PROCESSO DE EXECUÇÃO E CONTRADITÓRIO.....11

2.4 EMBARGOS À EXECUÇÃO.....16

2.4.1 Conflito entre os Embargos à Execução e a Exceção de Pré-executividade.....19

3 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE:PREMISSAS FUNDAMENTAIS.....21

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....21

3.2 ORIGEM DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....24

3.3 FUNDAMENTO JURÍDICO.....26

3.4 ADMISSIBILIDADE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
PERANTE A DOUTRINA.....29

**4. A IMPROPRIEDADE DA DENOMINAÇÃO DA EXCEÇÃO
DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**.....33

4.1 DISTINÇÃO ENTRE EXCEÇÃO E OBJEÇÃO.....33

4.2 IMPROPRIEDADE DO TERMO “PRÉ-EXECUTIVIDADE”.....37

5 QUESTÕES SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....40

5.1 CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE.....40

5.1.1 Matérias de Ordem Pública.....41

5.1.2 Matérias de Mérito.....44

5.1.2.1 O cumprimento da obrigação, pagamento ou adimplemento.....48

5.1.2.2 Prescrição.....52

5.1.3 Da Prova Pré-Constituída.....54

5.1.3.1 Da cognição na exceção de pré-executividade: exauriente ou sumária?.....	57
5.2 QUANTO A FORMA – DEFESA INTRAPROCESSUAL.....	60
5.3 QUANTO A OPORTUNIDADE.....	61
5.4 QUANTO A SUSPENSÃO DO PROCESSO EXECUTIVO.....	66
6 CONCLUSÕES.....	69
6.1 CONCLUSÃO GERAL.....	69
6.2 CONCLUSÕES ESPECÍFICAS.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

RESUMO

Abordagem da exceção de pré-executividade, defesa do executado interna ao processo de execução apresentada independentemente da garantia do juízo. Discorre sobre a admissibilidade desta defesa, embora não haja previsão legal que a regulamente. Traça um panorama geral do processo de execução, com enfoque nos pressupostos específicos da execução, na incidência do princípio do contraditório no processo executivo e nos embargos do executado. Trata do fundamento jurídico da exceção de pré-executividade. Explica como surgiu o instituto e quais os critérios para sua admissibilidade. Trata das matérias que podem ser alegadas. Expõe que a arguição de matérias de ordem pública através da exceção de pré-executividade é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência. Ressalta a polêmica que há quanto a possibilidade de arguir-se matérias de mérito (como prescrição e pagamento) por esta via de defesa. Esclarece que somente admite-se a alegação de fatos que possam ser comprovados por prova documental pré-constituída. Destaca que caracteriza-se como defesa apresentada diretamente no processo de execução, por simples petição. Discorre acerca do prazo para a apresentação da exceção de pré-executividade e da necessidade de ouvir-se o credor-exeqüente antes do julgamento de tal defesa. Por fim, esclarece que a simples apresentação da exceção de pré-executividade não tem o condão de suspender o processo.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da exceção de pré-executividade, defesa do executado interna à execução, independente da garantia do juízo. Trata-se de meio de defesa relativamente novo no direito brasileiro, estruturado somente em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, vez que não há lei que a regule.

Constitui tema relevante visto que, pela regra geral do Código de Processo Civil Brasileiro, não há participação do devedor no processo de execução. A principal via de defesa do executado é deduzida em ação autônoma, fora do processo de execução, e somente após a segurança do juízo, que é requisito essencial para a oposição de tal demanda, a de embargos à execução.

Este estudo pretende demonstrar a admissibilidade da exceção de pré-executividade sob diversos fundamentos.

Em primeiro lugar, procurar-se-á dar um panorama geral do processo de execução. Falar-se-á dos seus pressupostos específicos, quais sejam, o inadimplemento e o título executivo. Após, tratar-se-á do princípio do contraditório no processo de execução, procurando demonstrar que o contraditório aplica-se a todos os tipos de processos, incluindo o de execução. Finalmente, discorrer-se-á sobre os embargos à execução, principal meio de defesa do executado.

Em segundo lugar, pretender-se-á abordar alguns temas relativos à exceção de pré-executividade. O que é a exceção de pré-executividade? Como surgiu? Qual o fundamento jurídico que permite sua utilização? Quais os critérios para a admissibilidade desse meio de defesa? É possível a alegação de matérias de mérito, como a prescrição e o pagamento, através da exceção? Qual é o tipo de prova admitido? Qual a sua forma? Há prazo fatal para o ingresso da exceção de pré-executividade? Essa defesa interna à execução tem o condão de suspender o processo?

Foram estas as questões que nortearam o desenvolvimento do presente trabalho. Porém, antes de mais nada, deve-se dizer que não é pretensão, aqui, esgotar o assunto.

Primeiramente, demonstrar-se-á que não mais se discute acerca da admissibilidade da exceção de pré-executividade. É pacífico, em doutrina e jurisprudência, a possibilidade do executado utilizar-se deste meio de defesa.

Adiante, tratar-se-á da impropriedade da denominação “exceção de pré-executividade”. Desde já cabe esclarecer que optou-se neste trabalho por utilizar este termo não porque se considere sua terminologia a mais adequada, mas tão somente porque é expressão já consagrada pelo uso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria.

Finalmente, ressaltar-se-á que são dois os critérios que orientam a possibilidade de utilização da exceção de pré-executividade: o primeiro é o de que a matéria alegada possa ser conhecida de ofício pelo juiz; o segundo é relativo à perceptibilidade do vício apontado, que deve ser identificável *prima facie*.

Permite-se a utilização da exceção de pré-executividade em casos específicos, a fim de evitar eventuais prejuízos decorrentes da ação de execução indevidamente proposta. Isso ocorrerá quando a execução tiver sido ajuizada e tramitando com a ausência de algum dos pressupostos processuais, de alguma das condições da ação, vícios ou falhas relacionadas aos seus requisitos de admissibilidade (matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz). Nestes casos, por óbvio, a efetivação da penhora poderá trazer sérios prejuízos ao executado, que poderá utilizar-se da exceção de pré-executividade como meio de evitá-la.

Porém, a doutrina e a jurisprudência já vêm admitindo, também, a alegação de matérias de mérito (como a prescrição e o pagamento) por esta via de defesa dentro do processo de execução, desde que haja prova pré-constituída do fato alegado.

Por fim, esclarecer-se-á que a exceção de pré-executividade trata-se de defesa intraprocessual (defesa apresentada diretamente no processo de execução), oposta por simples requerimento (simples petição).

Expor-se-á que não há prazo fatal para o ingresso da exceção de pré-executividade, já que não pode haver preclusão para se alegar matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Ainda, explicar-se-á sobre a impossibilidade da suspensão do processo de execução pela simples apresentação de exceção de pré-executividade, vez que não há previsão legal para tanto.

2 PRESSUPOSTOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

2.1 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Nas palavras de Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI

há dois tipos distintos de atividade jurisdicional: a cognitiva (ou de conhecimento) e a executória (ou executiva). A primeira é prevalentemente intelectual: o juiz investiga fatos ocorridos anteriormente e define qual a norma que está incidindo no caso concreto. Enfim, é uma atividade lógica e não material. A segunda é prevalentemente material: busca-se um resultado prático, fisicamente concreto.¹

A grande diferença entre eles, portanto, reside no fato de tender o processo de cognição à pesquisa do direito dos litigantes, enquanto o processo de execução parte justamente da certeza do direito do credor, atestado pelo título executivo de que é portador.

Para Humberto THEODORO JÚNIOR

não há, nesta ordem de idéias, decisão de mérito na ação de execução. A atividade do juiz é prevalentemente prática e material, visando a produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada pelo título executivo. No processo de conhecimento, o juiz julga (decide); no processo de execução o juiz realiza (executa).²

Cândido Rangel DINAMARCO aborda a questão da natureza e finalidade da execução, com o tema “função pacificadora”, segundo ele “a grande parte dos conflitos que envolvem as pessoas expressam-se pela pretensão de um sujeito ao apossamento de um bem, resistida pelo outro sujeito.”³ O autor assevera que a função estatal pacificadora só se considera cumprida e acabada, quando um

¹ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil**. v. 2. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p.33.

² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. II. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.5/6.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 98.

resultado prático tiver sido obtido, seja com a satisfação da obrigação por parte do devedor, ou pela declaração judicial de que o credor não tem direito àquilo que efetivamente persegue.

A leitura do nosso Código de Processo Civil faz crer que a atividade jurisdicional desenvolvida no processo executivo é para ser realizada praticamente sem o exercício do contraditório.⁴

É que, em se tratando de processo de execução, paira sobre o título executivo (que poderá ser judicial ou extrajudicial) a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, fazendo desaparecer qualquer possibilidade de discussão.

Do que foi exposto, depreende-se que o requisito essencial para o exercício da ação de execução é o título executivo, sem o qual não haverá processo de execução.

Daí o “brocado” *nulla executio sine titulo*.

Simplificadamente, pode-se dizer que a finalidade do processo de execução é a realização do direito do credor, estampado no título executivo que detém; título este que autoriza a instauração do processo, define o fim e fixa os limites da execução.

2.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

É amplamente reconhecido que a prestação da tutela executiva está condicionada tanto a requisitos genéricos consistentes nos *pressupostos processuais* e nas *condições da ação executiva* – aos quais está subordinada a prestação de qualquer espécie de tutela jurisdicional – como também a requisitos específicos da execução, a saber, o título executivo e o inadimplemento do devedor.⁵

Segundo Enrico Tullio LIEBMAN há dois pressupostos específicos da execução: um pressuposto prático, que consiste na falta de cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado; e um pressuposto legal, qual seja, o título executivo.⁶

⁴ Livro II, CPC

⁵ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Forçada**: controle de admissibilidade. São Paulo: RT, 1995, p.73.

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução** (com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 6/9.

Neste mesmo sentido manifesta-se Humberto THEODORO JR. para quem

Quanto aos pressupostos específicos da execução forçada são dois: 1º) um **formal ou legal**, que é a existência do **título executivo**, que lhe serve de base, atestando a certeza e liquidez da dívida;
2º) um outro **prático ou substancial**, que é a atitude ilícita do devedor, ou seja, o **inadimplemento** da obrigação, que comprova a exigibilidade da dívida.⁷

Do que foi exposto, depreende-se que há dois pressupostos específicos da execução: o inadimplemento do devedor (art. 580 do CPC) e o título executivo, judicial ou extrajudicial (art. 583 do CPC).

2.2.1 Inadimplemento

A doutrina, em sua maioria, considera o inadimplemento do devedor requisito necessário à instauração do processo de execução.

Enrico Tullio LIEBMAN defende que o inadimplemento é o pressuposto prático da execução. Diz que “a situação de fato que pode dar lugar à execução consiste sempre na falta de cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado. Só quando se verifica uma situação desta espécie é que surge a razão de ser, o interesse prático concreto para fazer-se a execução.”⁸

Para Humberto THEODORO JÚNIOR a conceituação do inadimplemento pertence ao direito material, “onde se considera devedor inadimplente aquele que não cumpriu, na forma e no tempo devidos, o que lhe competia segundo a obrigação pactuada”.⁹

O autor assevera, ainda, que não há necessidade de produzir-se prova do inadimplemento junto com a inicial, sendo a simples verificação, no título, de que já ocorreu o vencimento suficiente para abertura da execução. Ademais, considera que

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 20. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000, p. 50.

⁸ LIEBMAN, **Processo de Execução**, p.6.

⁹ THEODORO JUNIOR, **Processo de Execução**, p. 122.

ao devedor é que incumbe a prova em contrário, ou seja, a demonstração de que não ocorreu o inadimplemento.¹⁰

Importante destacar as palavras de Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI para quem

É certo que, havendo adimplemento, e isso sendo reconhecido pelo credor, a execução é de plano inadmissível. Porém, uma vez afirmado o inadimplemento pelo exequente, a alegação e demonstração do contrário pelo executado terá de ser feita, necessariamente, em embargos (processo de conhecimento incidental à execução, porém autônomo). A questão relativa ao cumprimento da obrigação concerne ao próprio mérito da pretensão do credor, e, como tal, não é examinável na execução. Sob esse prisma, justifica-se a qualificação “requisito material” ou “prático” da execução, que comumente se dá ao inadimplemento.¹¹

Porém, há quem considere que o inadimplemento não está entre os requisitos para realização da execução.

Segundo Cândido Rangel DINAMARCO “ao incluir o inadimplemento entre ‘os requisitos para realizar qualquer execução’ (art. 580 ss.), cometeu o Código de Processo Civil ao menos uma impropriedade...”¹² Destaca, ainda, que “o inadimplemento é causa de extinção da ação e motivo de improcedência da demanda, não de carência de ação”¹³. Quem recebeu o que lhe era devido já não tem o direito material que alega e isso é matéria atinente ao mérito de sua pretensão...”¹⁴

¹⁰ Aponta que a possibilidade de alegação da inoccorrência do inadimplemento, entretanto, deverá ser alegado e provado em embargos à execução.

¹¹ TALAMINI; WAMBIER; ALMEIDA, p. 69.

¹² O autor termina por afirmar que “se o adimplemento fosse realmente condição da ação executiva, dele haveria o juiz de conhecer de-ofício e não somente mediante os eventuais embargos do executado.” DINAMARCO, **Execução Civil**, p. 414.

¹³ Em artigo publicado na revista AJURIS, o autor afirma que “o inadimplemento precisa ser alegado na petição inicial executiva, como elemento integrante da causa de pedir, sob pena de incongruência da petição inicial, mas isto está longe de significar que ele configure uma condição da ação ou integre o conceito de interesse de agir *in executivis*.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Condições da ação na execução forçada. **Revista AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, n. 34, ano XII, jul. 1985, p.58.

¹⁴ DINAMARCO, **Execução Civil**, p.414.

Também Marcelo Lima GUERRA considera que não é “rigorosamente exato” afirmar que o inadimplemento do devedor é requisito ou pressuposto da execução. Expõe que

se se considerar que o inadimplemento é *requisito* da execução, tem-se que admitir que o processo executivo só pode ser *instaurado*, uma vez comprovado pelo credor o *estado de insatisfação* (vale dizer, a *existência atual*) do direito consagrado em título executivo. Seja recordado que o inadimplemento é uma *situação fática* (extrínseca ao título executivo) cuja existência só pode ser atestada em juízo, mediante a realização de atividade probatória. (...) é inteiramente descabido, por absoluta incompatibilidade com a sistemática do processo de execução, exigir-se, nesse mesmo processo, no ato com o qual se instaura, a *comprovação do inadimplemento do devedor*. (...) é imperioso reconhecer que, ao se referir, sob a epígrafe dos “requisitos necessários a realizar qualquer execução”, ao *inadimplemento do devedor*, o legislador processual inseriu matéria *estranha* à disciplina legal do processo de execução. É que o *inadimplemento do devedor* é assunto que diz respeito ao direito material, pois liga-se à existência atual de qualquer direito (material) subjetivo e não a atividade jurisdicional. A norma do art. 580 do CPC, *é puramente de direito material*, nada dispondo, impõe-se reconhecer, quanto ao processo de execução.¹⁵

Com o que foi exposto, o autor pretendeu demonstrar a “indiferença, no aspecto puramente processual do fenômeno executivo”, da ausência de inadimplemento, matéria estranha ao processo de execução que só pode ser alegada pelo devedor em sede de embargos.

2.2.2 Do Título Executivo

Os art. 583 e art. 586 do CPC trazem os pressupostos para a ação de execução ao dispor, respectivamente, que “toda execução tem por base título executivo, judicial ou extrajudicial” e que “a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”. São, portanto, “requisitos necessários para realizar qualquer execução, o inadimplemento do devedor e o título executivo”¹⁶. O secular princípio *nulla executio sine titulo* enfatiza a razão da exigência legal de título executivo na ação de execução.

¹⁵ GUERRA, p. 84/85.

¹⁶ MALACHINI, Edson Ribas. **Questões Sobre a Execução e os Embargos do Devedor**, São Paulo: RT, 1980, p. 05.

Os títulos executivos podem, portanto, ser judiciais ou extrajudiciais. Na lição de Eduardo COUTURE “quando a lei admite que os particulares convençionem ou estipulem algo (título extrajudicial) que equivale virtualmente a uma sentença de condenação (título judicial) o título contratual ou obrigacional se assemelha, então, à sentença e adquire qualidade de título privado de execução.”¹⁷

Na definição de Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI o título executivo “é cada um dos atos jurídicos que a lei reconhece como necessários e suficientes para legitimar a realização da execução, sem qualquer nova ou prévia indagação acerca da existência do crédito; em outros termos, sem qualquer nova ou prévia cognição quanto a legitimidade da sanção cuja determinação está veiculada no título”¹⁸.

Não há consenso doutrinário sobre a natureza do título executivo. Interessantes as palavras de Humberto THEODORO JÚNIOR ao explicar que

Para Liebman, é ele um elemento constitutivo da ação de execução forçada; para Zanzuchi é uma condição do exercício da mesma ação; para Carnelutti, é a prova legal do crédito; para o Forno e Couture, é o pressuposto de fato da mesma execução, etc. No entanto, em toda a doutrina e na maioria dos textos dos Códigos modernos, está unanimemente expresso a regra fundamental da *nulla executio sine titulo*. Isto é, nenhuma execução forçada é cabível sem o título executivo que lhe sirva de base.¹⁹

Para THEODORO JÚNIOR, o título executivo possui tríplice função, quais sejam, a de autorizar a execução, a de definir o fim da execução e a de fixar os seus limites.

Os títulos executivos são *numerus clausus*, ou seja, exaustivamente descritos em lei. Segundo Sérgio SHIMURA,

se analisarmos o rol dos títulos constante dos art. 584 e 585, veremos que a norma legal ora dá predominância ao próprio documento, em sua literalidade, formalidade e abstração (como nota promissória, letra de câmbio, documento particular assinado pelo devedor e

¹⁷ PAULO, José Ysnaldo Alves. **Pré-executividade contagiante no Processo Civil Brasileiro**: objeção em execução forçada singular e universal. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 209.

¹⁸ TALAMINI; WAMBIER; ALMEIDA, p. 44.

¹⁹ THEODORO JUNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**, p. 30.

duas testemunhas, etc.) ora ao negócio jurídico ou à própria obrigação (como o crédito decorrente de foro, aluguel, serventário de justiça).²⁰

Vê-se, então, que o título executivo em nosso ordenamento jurídico possui, em alguns casos, natureza de ato jurídico, e, em outros casos, natureza de documento. Importante ressaltar que o referido autor conceitua o título executivo como “o documento ou ato documentado, tipificado em lei, que contém uma obrigação líquida e certa e que viabilizam o uso da ação executiva.”²¹

Por certo que não poderá haver execução sem título. Destarte, deve haver na execução um juízo de admissibilidade, visto que o órgão jurisdicional deve examinar *ex officio* e antes de dar início a execução, se existe ou não título executivo capaz de promover a ação executiva.

2.2.2.1 Certeza, liquidez e exigibilidade

“Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.”

Segundo Humberto THEODORO JÚNIOR “pode-se afirmar que ocorre **a certeza** do crédito, quando não há controvérsia sobre sua existência; **a liquidez**, quando é determinada a importância da prestação (**quantum**); e **a exigibilidade**, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações.”²²

Assevera, ainda, que a certeza refere-se ao órgão judicial e não às partes. Ela é decorrente da perfeição formal do título e da ausência de reservas à sua plena eficácia. Já a liquidez procura demonstrar “quanto se deve” ou “o que se deve”. Por fim, quanto à exigibilidade, refere-se ao vencimento da dívida. Em suas palavras, “obrigação exigível é, portanto, a que está vencida, seja porque se alcançou o termo,

²⁰ SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 112.

²¹ Id.

²² THEODORO JÚNIOR, **Processo de Execução**, p. 174

seja porque se verificou a condição²³ a cuja ocorrência a eficácia do negócio jurídico estava subordinada.”²⁴

Sérgio SHIMURA, ao tratar dos requisitos do título executivo, diz que “a certeza do título liga-se a sua existência. É certo quando, em face do título, ao prisma formal do documento, não há controvérsia sobre sua existência (do título)”²⁵. Quanto à liquidez, acentua que “o título é líquido quando contém a determinação da importância da prestação (*quantum*) (...) É líquida a dívida quando a importância se acha determinada em todos os seus elementos de quantidade (dinheiro) e qualidade (coisas diversas do dinheiro), natureza e espécie (prestação de fato).”²⁶ Finalmente, quanto a exigibilidade, observa que esta refere-se ao vencimento da dívida. Sendo assim, “se a obrigação alcançou o termo ou se verificou a condição a cuja ocorrência a eficácia do negócio jurídico estava condicionada, é exigível, porque já está vencida. Em suma, a exigibilidade refere-se ao *tempo* no qual o credor pode exigir o pagamento.”²⁷

Para Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI “a certeza da obrigação refere-se unicamente à exata definição de seus elementos. Ou seja, o título executivo (um único documento ou, excepcionalmente, uma série de documentos a que a lei atribui tal qualidade) retratará ‘obrigação certa’, quando nele estiverem estampadas a natureza da prestação, seu objeto e seus sujeitos.”²⁸

Araken de ASSIS ensina que a liquidez “importa expressa determinação do objeto da obrigação.”²⁹ A liquidez está intimamente ligada a certeza, é seu o pré-

²³ Para Araken de ASSIS “termo é fato natural, verificável no próprio título, e por essa razão carece de qualquer prova”. Já quanto a condição “porque evento futuro e incerto, carecerá de prova na petição inicial da ação executória...” ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 5. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 126.

²⁴ THEODORO JUNIOR, **Processo de Execução**, p. 174.

²⁵ SHIMURA, p. 136.

²⁶ Ibid., p. 138.

²⁷ Ibid., p. 144.

²⁸ TALAMINI; WAMBIER; ALMEIDA, p. 65.

²⁹ ASSIS, **Manual do Processo de Execução**, p. 124.

requisito necessário, pois “para ser líquida, a obrigação deve (a) existir e (b) ter objeto determinado.”³⁰ A exigibilidade tem, também, como pré-requisito, a certeza do direito. É que, para ser exigível a prestação. “supõe-se (a) que exista direito subjetivo a havê-la e (b) que o dever de prestá-la seja atual e não futuro.”³¹

Ressalte-se a anotação de Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI, ao acentuar que “não é exatamente o título executivo que deve ser ‘líquido, certo e exigível’. O título, em si, ou existe ou não. ‘Liquidez, certeza e exigibilidade’ são atributos necessários à representação do direito no título.”³²

2.3 PROCESSO DE EXECUÇÃO E CONTRADITÓRIO

Por certo que, em regra, no processo de execução o contraditório restringe-se às formalidades do procedimento, em vista da presunção de certeza, exigibilidade e liquidez do título (judicial ou extrajudicial) que a instrui. Porém, não há como afastar a incidência de tal princípio no processo executivo.

Mesmo porque, a Constituição Federal (art. 5º, LV) garante “... aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral...” o direito ao “...contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”³³

Nelson NERY JUNIOR esclarece que

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são

³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil** – do Processo de Execução, arts. 566 a 645. Ovídio Araújo Baptista da Silva [coord.]. São Paulo: RT, 2000, p. 242.

³¹ Id.

³² TALAMINI; WAMBIER; ALMEIDA, p. 64.

³³ Há de se concordar com Cândido Rangel DINAMARCO quando esclarece que “hoje, code-se até considerar superada a questão fundamental da incidência *in executivis* da garantia do contraditório, mercê dos termos amplos da disposição contida no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O processo executivo inclui-se, como é óbvio, na categoria processo judicial que o texto constitucional enuncia sem qualquer ressalva ou restrição. DINAMARCO, **Execução Civil**, p. 175.

manifestação do princípio do contraditório. (...) Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.³⁴

Interessante a colocação de Cândido Rangel DINAMARCO, ao afirmar que “a doutrina definiu o contraditório como a necessária ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende que seja feito no processo e *possibilidade* de cooperar e de contrariar.”³⁵

Compreendendo o que seja efetivamente o contraditório e à luz do preceito constitucional, têm se entendido que o comando abrange todos os tipos de processos, incluindo o processo de execução.

Não poderia ser diferente, visto que, como ensina DINAMARCO,

A execução forçada faz-se ao longo de um procedimento pre-estabelecido em lei e que serve para preparar o provimento final satisfativo, o qual por sua vez, se chegar a ser emitido, irá beneficiar a uma pessoa e desfalcá-la patrimonialmente a outra. (...) E, como esta é a instrumentação jurídica da exigência política do contraditório, conclui-se que tal garantia constitucional se faz presente no processo de execução, sem ser limitada ao cognitivo. **Sem isso não seria possível estabelecer o indispensável equilíbrio entre a exigência de satisfação do credor e a de respeito ao devedor e seu patrimônio.** (grifo nosso)³⁶

Sérgio SHIMURA radicaliza, e assevera que “sem contraditório, a atividade executiva sequer chegaria à dignidade de ser havida como processo, o seu resultado seria inconstitucional já que o despojamento patrimonial do executado dar-se-ia sem a ampla defesa (art.5º,LV,CF). É preciso que ambas as partes tenham oportunidade de dizer sobre os atos a praticar.”³⁷

³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 125/127.

³⁵ DINAMARCO, **Execução Civil**, p. 171.

³⁶ Ibid., p. 168

³⁷ O autor, porém, observa que enquanto no processo de conhecimento o princípio do contraditório se aplica de modo amplo; no processo de execução tal princípio existe apenas sob o enfoque eventual. Isto porque, como é sabido, o executado é citado para cumprir a obrigação e não para defender-se. SHIMURA, p. 11.

A doutrina, no entanto, não é pacífica quanto a este tema. Há autores mais antigos que sustentam não haver contraditório no processo de execução, eis que nela o direito do credor (consubstanciado no título) é realizado conforme a ordem imperativa estatal; nada se discute, apenas expropria-se.

Porém, tal entendimento está ultrapassado. Não há mais o que discutir quanto a incidência do princípio do contraditório no processo de execução.

Destaque-se, ainda, o pensamento de Enrico Tullio LIEBMAN. Segundo este processualista

na execução não há mais equilíbrio entre as partes, não há contraditório, uma delas foi condenada e sobre este ponto não pode mais, em regra, haver discussão; a outra, tendo conseguido o reconhecimento de seu direito, exige que se proceda de acordo com o que a sentença declarou e o condenado não o pode impedir e deve suportar o que se faz em seu prejuízo, sendo ouvido só na medida em que a sua colaboração possa ser útil e podendo pretender unicamente que os dispositivos da lei não sejam ultrapassados no cumprimento desta atividade. É certo que a controvérsia e o contraditório podem reaparecer, mas isto somente em novo processo de cognição de caráter incidente (embargos).³⁸

Porém, quanto a esta passagem é importante analisar a nota de Joaquim MUNHOZ DE MELLO explicando que “o autor não deve ser mal interpretado quando afirma não haver contraditório na execução. Refere-se ao contraditório sobre o direito do credor, estampado no título, que só pode ser objeto de discussão ‘em novo processo de cognição de caráter incidente’, a que os embargos do devedor dão lugar.”³⁹

Luiz Edmundo Appel BOJUNGA afirma que não há como deixar de observar o contraditório no processo de execução. Esclarece que

a ação processual executiva parece ser um agir do Estado para satisfação do exeqüente que concomitantemente agirá em juízo. A conduta do Estado-juiz será baseada na lei e o princípio contraditório constitui garantia efetiva de imparcialidade do magistrado. Seria um erro crer que o contraditório constituísse privilégio do processo de cognição. O cerne do processo executivo, singelamente, é a repressão da desobediência do devedor; todavia deve o juiz certificar-se das informações unilateralmente prestadas, aplicando-se o princípio *audiatur et altera pars*. (...) O equívoco da doutrina em não visualizar o contraditório no processo executivo consiste numa fisionomia diversa que apresenta. A eficácia incondicionada do título executivo revela uma desigualdade das partes no âmbito do Direito

³⁸ LIEBMAN, **Processo de Execução**, p. 44.

³⁹ Id.

Material. Vale dizer, a posição privilegiada do credor que possui uma situação favorável criada antes do processo executivo em nada interfere nesta nova relação (processual) que irá se formar. O princípio do contraditório na relação executiva deve ser preservado e ainda, no plano processual, a igualdade das partes rigorosamente observada.⁴⁰

Ainda quanto ao “possível desequilíbrio” decorrente da aplicação do princípio do contraditório no processo de execução, cabe observar as palavras de Humberto THEODORO JUNIOR que, ao discorrer sobre os princípios gerais do direito no processo civil, observa que

o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de o juiz ouvir, previamente, a pessoa perante a qual irá proferir a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante o curso do processo. Não há, em tal situação, privilégio algum, de qualquer sorte, que possa desequilibrar a isonomia dos litigantes.⁴¹

Em verdade, os autores atuais tem admitido quase de forma unânime a incidência do contraditório em sede de execução. Isto porque, em primeiro lugar, trata-se de uma garantia constitucional para todos os processos judiciais⁴²; em segundo lugar, porque o órgão jurisdicional tem cognição em relação aos pressupostos de sua atividade e do procedimento expropriatório; em terceiro lugar, porque a desigualdade entre o credor e o devedor não é inerente ao processo, mas à situação de crédito e débito.

Como parte que é, o devedor pode e deve exigir que a execução se processe pelo meio menos oneroso (art. 620, CPC), e essa manifestação gerará uma discussão dentro do processo. Pode, ainda, o devedor exigir que os atos processuais se realizem conforme a ordem legal. Derradeiramente, pode o devedor questionar a existência do próprio título executivo em sede de execução.

Marcelo Lima GUERRA ensina que o princípio do contraditório incide no processo de execução “tanto por ser aí garantida a necessária informação

⁴⁰ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 55, ano 14, jul.-set. 1989, p. 65/66.

⁴¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 23, ano VI, jul. – set. 1981, p. 182.

⁴² Art. 5º, LV, da Constituição Federal.

(especialmente a citação inicial do devedor) sobre os atos processuais, como também por ser assegurada a participação do devedor no controle da regularidade da execução.”⁴³

Também Humberto THEODORO JÚNIOR admite a incidência do contraditório no processo de execução ao afirmar que “sobre a forma de executar, é *perfeitamente lícito o debate entre as partes, de sorte a gerar o mesmo contraditório que se conhece no processo de conhecimento.*”⁴⁴

No que tange especificamente à exceção de pré-executividade, importa destacar os dizeres de Nelson NERY JUNIOR para quem

o contraditório também se manifesta no processo de execução, embora de forma menos abrangente e incisiva do que nos processos de conhecimento e cautelar, pelas próprias peculiaridades do processo executivo. Com os embargos do devedor se instaura verdadeiro processo de conhecimento incidentemente ao processo de execução. Nos embargos, por óbvio, incide o contraditório amplo. No entanto, mesmo antes de opor os embargos do devedor, o que somente pode ocorrer depois de seguro o juízo pela penhora, o devedor pode utilizar-se de outros instrumentos destinados a impugnação no processo de execução, **notadamente no que respeita às questões de ordem pública** por meio da impropriamente denominada **exceção de pré-executividade**. (...) **Assim, a possibilidade de o devedor, sem oferecer bens à penhora ou embargar, poder apontar a irregularidade formal do título que aparelha a execução, a falta de citação, a incompetência absoluta do juízo, o impedimento do juiz e outras questões de ordem pública, é manifestação do princípio do contraditório no processo de execução.**(grifo nosso) ⁴⁵

Termina por apontar que “contraditório na execução, portanto, existe embora limitado pela própria natureza desse tipo de processo.”⁴⁶

Destarte, torna-se clara e inequívoca a aceitação por parte da doutrina da incidência do princípio do contraditório também no processo de execução, garantindo ao executado a ampla defesa.

⁴³ GUERRA, p. 30.

⁴⁴ THEODORO JUNIOR, **Processo de Execução**, p. 45.

⁴⁵ NERY JUNIOR, p. 134.

⁴⁶ Id.

2.4 EMBARGOS À EXECUÇÃO

Dispõe o art. 736 do Código de Processo Civil que “o devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal.”

Sábua a colocação de José Carlos BARBOSA MOREIRA para quem “enquanto o processo de conhecimento visa à formulação, na sentença definitiva, da regra jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa, outra é a finalidade do processo de execução, a saber, atuar praticamente aquela norma jurídica concreta.”⁴⁷

No processo de execução o credor não precisa convencer o órgão jurisdicional da existência do crédito, pois não se busca, neste processo, a prolação da sentença. Na execução, o que se busca é a consubstanciação do direito transliterado no título executivo, independente de qualquer atividade cognitiva do Juízo. Nas palavras de BARBOSA MOREIRA trata-se de “atuar a norma concreta”.

Diante desta premissa, resta evidente que no processo de execução o executado não é citado para apresentar contestação, mas sim para cumprir a obrigação constante do título executivo que instrui a exordial.

Destarte, entende-se que a forma do executado defender-se da ação de execução contra si intentada, é propor nova ação (incidental) contra o exeqüente, qual seja, a de embargos à execução.

Segundo Sandro Gilbert MARTINS “pode-se agrupar a defesa do executado em dois grupos: defesa própria e defesa imprópria, que tem como critério a existência ou não de regramento específico para cada forma de defesa.”⁴⁸ Sustenta que no grupo da defesa própria encontra-se apenas os embargos à execução, nas suas diversas modalidades, tratando-se de defesa incidental. Dentre as defesas impróprias temos a exceção de pré-executividade, defesa endoprocessual, entre outras.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 18. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996, p.213.

⁴⁸ MARTINS, Sandro Gilbert. **A defesa do executado por meio de ações autônomas**: defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002, p. 80.

Pacífico em doutrina que os embargos possuem natureza jurídica de ação de conhecimento, autônoma e incidental ao processo de execução.

Importa ressaltar que os embargos não são simples defesa apresentada nos mesmos autos, como resposta à ação executiva proposta pelo suposto autor, mas sim, ação, dando lugar à formação de outro processo, apartando do processo executivo, ainda que incidental a este.

Ressalte-se, desde logo, que os embargos à execução não se equiparam à contestação ou resposta do réu na ação de conhecimento, vez que o contraditório é instaurado por iniciativa do executado, que só vai a juízo após a instauração da execução pelo exeqüente.

Eduardo TALAMINI coloca que os embargos são “instrumento de defesa que se confere ao executado para que ele possa discutir o mérito do direito pretendido pelo exeqüente, bem como suscitar defeitos na constituição e andamento da execução, suspendendo o processo enquanto se apreciam suas alegações.”⁴⁹

Assevera, ainda, que

os embargos têm a *função* de preservar o direito de *defesa*. Mas, em virtude da estrutura pela qual optou o legislador, *instrumentalizam-se* mediante *ação* própria, geradora de um processo de conhecimento que, embora incidental ao de execução, lhe é autônomo. O executado defende-se propondo nova demanda em face do credor. Servem os embargos não só à discussão do crédito pretendido e à desconstituição ou reconhecimento da inexistência do título executivo, como também para corrigir defeitos do processo de execução – impedindo, em todos esses casos, a atuação executiva indevida.⁵⁰

Para LIEBMAN, “os embargos do executado, são, pois, ação, em que o executado é autor e o exeqüente é réu; mais precisamente, a ação incidente do executado visando anular ou reduzir a execução ou tirar ao título sua eficácia executória.”⁵¹

Segundo Humberto THEODORO JUNIOR

⁴⁹ TALAMINI, Eduardo. Embargos do Executado. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1999, n. 93, ano 24, jan. – mar. 1999, p. 90.

⁵⁰ Ibid., p. 90/91.

⁵¹ LIEBMAN, **Processo de Execução**, p. 216.

denominam-se embargos os incidentes em que o devedor ou terceiro procuram defender-se dos efeitos da execução forçada, não só visando evitar a deformação dos atos executivos e o descumprimento de regras processuais, como resguardar direitos materiais supervenientes ao título executivo capazes de neutralizá-lo ou de reduzir-lhe a eficácia, como pagamento, novação, compensação, remissão etc.⁵²

Já Celso NEVES define os embargos como “ação incidental para tutela do direito a não sofrer ou a minorar a constrição estatal que a execução importa. Ação que – à semelhança da reconvenção, no âmbito tipicamente jurisdicional do processo - , no plano *juris-satisfativo*, se volta contra a atividade executória, tendo por pressuposto eventual, portanto, o exercício da *ação de execução*.”⁵³

Observe-se que a ação de embargos à execução, salvo nas execuções de obrigação de fazer e de não fazer, tem como requisito de admissibilidade a segurança do juízo (art. 737 do CPC) pela penhora (nas execuções por quantia certa,) ou pelo depósito da coisa (nas execuções para entrega de coisa, constante de título executivo extrajudicial), além, é claro, das condições genéricas do legítimo exercício de qualquer ação.

Ademais, é importante ressaltar que os embargos suspendem o trâmite da execução (art. 739, § 1º do CPC).

Quanto às matérias que podem ser alegadas pelo embargante, se encontram elencadas no art. 741 do CPC, na execução fundada em título judicial; e no art. 745 do CPC, na execução fundada em título extrajudicial.

A diferença entre uma e outra situação é que nos embargos à execução fundada em título extrajudicial podem ser deduzidas, de acordo com o disposto no art. 745 do CPC, qualquer outra matéria que lhe seja lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento. É que, como não houve a formação judicial do título executivo, trata-se de presunção legal. Sendo assim, discute-se até mesmo a sua origem e formação, o que é vedado na execução de título judicial, visto que a questão de origem e formação deste título estarem acobertos pelo manto da coisa julgada.

⁵² THEODORO JUNIOR, **Processo de Execução**, p. 392.

⁵³ NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. VII. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 167.

2.4.1 Conflito entre os Embargos à Execução e a Exceção de Pré-executividade

Deve-se dizer que a tendência em se aceitar a exceção de pré-executividade como outra forma de defesa no seio da execução é uma nítida tentativa de minimizar a rigidez do sistema processual civil brasileiro, que prevê única e exclusivamente os embargos a execução a este fim.

É de se reconhecer a dificuldade em se estabelecer os limites da exceção de pré-executividade, separando o que pode ser alegado por este instituto do que, necessariamente, deve ser matéria de embargos. Ainda assim, acredita-se que a exceção de pré-executividade e os embargos têm convivência harmônica no nosso sistema.

Há de se concordar com Cândido Rangel DINAMARCO, quando diz que

é preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento a oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de-ofício, na própria execução.⁵⁴

Não há como deixar de observar que a exceção de pré-executividade é meio mais célere para o reconhecimento da improcedência da execução.

Como afirma Alberto Camiña MOREIRA a exceção de pré-executividade “coloca porção de cognição no processo de execução, de modo a prescindir dos embargos do devedor, ação esta que, em comparação com o rápido incidente da exceção de pré-executividade, simples petição, é bem mais demorada, lenta e burocrática.”⁵⁵

Importa destacar as seguintes palavras de Donaldo ARMELIN:

a reserva de uma técnica especial para o exercício do direito de defesa do executado, como são os embargos, não eliminou o problema da inefetividade do processo de execução, que continua a reclamar uma reforma substancial para produzir os resultados que dele se espera, ou seja, acima de tudo, uma rápida satisfação do direito do exequente, com o

⁵⁴ DINAMARCO, **Execução Civil**, p. 451.

⁵⁵ MOREIRA, Alberto Camiña de. **Defesa sem Embargos do Executado** - exceção de pré-executividade. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2001, p. 6.

mínimo possível de invasão da esfera jurídica do executado. Deveras os embargos do executado, que deveria albergar todos os meios de defesa, deste, não conseguiu eliminar outros meios de defesa por ele utilizáveis. A exigência da segurança do juízo como condição de admissibilidade dos embargos, mesmo em situações de inadmissibilidade da execução, propiciou o surgimento de uma forma endoprocessual de defesa do executado, acrisolada pela doutrina e jurisprudência, como é a denominada exceção de pré-executividade.⁵⁶

Entretanto, deve-se concordar com Marcelo Lima GUERRA ao afirmar que

é lícito concluir que, embora outras atitudes sejam possíveis, aquela que melhor garante uma defesa expressiva do devedor, quanto ao controle da admissibilidade da execução, é a instauração dos embargos do devedor, onde todas as suas alegações serão amplamente levadas em consideração, sem ferir as garantias que o próprio ordenamento oferece também, como não poderia deixar de ser, ao credor.⁵⁷

Isto porque, como se sabe, não é toda matéria de defesa que pode ser alegada via exceção de pré-executividade. Sendo assim, os embargos do devedor, como ação autônoma embora conexa a execução, continuam sendo a principal forma de defesa do executado no processo de execução.

⁵⁶ ARMELIN, Donaldo *in* prefácio de MARTINS.

⁵⁷ GUERRA, p. 158.

3 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE:PREMISSAS FUNDAMENTAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Código de Processo Civil Brasileiro pretendeu fazer uma separação absoluta entre o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar. Adotou a consagrada divisão tríplice do processo civil, tradicionalmente aceita pela maioria dos doutrinadores, que leva em consideração a natureza do provimento jurisdicional a ser prestado. Eis a razão da separação entre os processos de cognição, de execução e cautelar.

Entretanto, as reformas recentes a este Código fizeram com que ficasse evidente que uma separação absoluta destas três espécies de provimentos não é possível.

Destaque-se que o nosso direito processual já admite a realização de atos executórios no seio do processo cognitivo, fato este facilmente percebido pela análise dos artigos 273 e 461 do CPC.

A redação de tais artigos foi trazida pela a reforma do CPC em 1994 que, nas palavras de Joel Dias FIGUEIRA JR., entre outras modificações,

instituiu os regimes de *tutelas antecipatórias* genéricas (art. 273) e específica (art. 461), rompendo assim o princípio mitológico da *nulla executio sine titulo* (...) Em outras palavras, inseriu-se – ainda que timidamente – a possibilidade jurídica de se obter em processos cognitivos de rito comum, por intermédio de *decisão interlocutória de mérito de natureza satisfativa e provisória* os “efeitos práticos da tutela pretendida”, ou seja, simultaneamente *execução e cognição* sumária-limitada, baseada em juízo de verossimilhança.⁵⁸

Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART anotam que “o processo de conhecimento – concebido para averiguar e declarar um direito – e o processo de execução – originariamente criado para permitir a realização concreta

⁵⁸ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. tom. I: do processo de conhecimento, art. 270 a 281. São Paulo: RT, 2001, p. 150/151

de um direito já declarado – acabaram misturando-se em virtude das novas necessidades de tutela dos direitos.”⁵⁹

Observam, ainda, que “a tutela antecipatória rompe o princípio de que não há execução antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.⁶⁰

Ademais passou-se a admitir a cognição dentro do processo de execução pela via da exceção de pré-executividade, defesa do executado admitida quase unanimemente pela doutrina.

Do que foi exposto, conclui-se que houve uma quebra do princípio que determinava a separação absoluta das naturezas do processo.⁶¹

Nas palavras de Eduardo Arruda ALVIM

as linhas divisórias do processo de conhecimento e do processo de execução têm sido rompidas com muita frequência pelo próprio legislador. A antecipação de tutela, entre nós introduzida de forma ampla e abrangente pela reforma de 1994, é exemplo típico de que atos executórios podem ser levados a efeito no seio do processo de conhecimento (art. 461, § 3º, do CPC). Por isso mesmo, parece não agredir a própria sistemática do CPC que se reconheça que, conversamente, no bojo do processo de execução, é possível, *em certa extensão*, atividade cognitiva por parte do magistrado... Se o abrandamento de fronteiras entre o processo de conhecimento e o de execução leva a existência de hipóteses como a do art. 461, § 3º, o reverso também é verdadeiro. Isto é, sob determinadas condições,

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001, p.66.

⁶⁰ Ibid., p.64.

⁶¹ Tal afirmação é facilmente percebida. Basta que se atente para as modificações que têm sido propostas. Cita-se o Anteprojeto de Lei que dispõe sobre cumprimento da sentença que condena ao pagamento de quantia certa. O Anteprojeto traz modificações que levam a extinção dos embargos à execução e permitem que o devedor apresente defesa no próprio processo de execução (o que pode acabar por disciplinar a exceção de pré-executividade proposta em execução de título judicial). Isto porque não haverá embargos do executado na etapa de cumprimento da sentença, devendo qualquer objeção do réu ser veiculada mediante mero incidente de impugnação. O Anteprojeto estabelece que a “impugnação” poderá ser oferecida no prazo de 15 dias (art. 475-J, § 1º). Disciplina a impugnação nos seguintes artigos: “Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – penhora incorreta ou avaliação errônea; III – ilegitimidade das partes; IV – excesso de execução; V – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; VI – ser a sentença fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único. Quando o executado alegar que o exeqüente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação. Art. 475-M. a impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação... § 3º A decisão da impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução.”

devem ser admitidos incidentes de cognição dentro da execução. Com efeito, a exceção de pré-executividade constitui segmento de conhecimento inserido no campo do processo de execução.”⁶²

Conforme já dito, em regra no processo de execução o contraditório restringe-se às formalidades do procedimento, em vista da presunção de certeza, exigibilidade e liquidez do título executivo (extrajudicial ou judicial) que a instrui.

No entanto, a tendência é que se permita a flexibilização do nosso sistema processual a fim de que se facilite o acesso a justiça. Dentre estes mecanismos de “facilitação” podemos encontrar a exceção de pré-executividade, instituto que permite discussões dentro do processo de execução, para combater abusos por parte de um ou outro credor mais ganancioso.

A defesa do executado faz-se por meio de embargos à execução (arts. 736 a 741 do CPC), ação incidental de conhecimento que visa desconstituir o título executivo, instaurada apenas após a garantia do juízo (art. 737 do CPC).

O ordenamento jurídico prevê os embargos como único *remedium iuris* de oposição a execução.

É sabido que repugna à doutrina mais tradicional a introdução de um incidente de conhecimento no seio do processo de execução.

Contudo, não obstante o engessamento da legislação quanto a essa matéria, a jurisprudência pátria tem aceitado a construção doutrinária que instiga a possibilidade de o executado questionar o juízo de admissibilidade da execução através de incidente no próprio processo executivo, mesmo sem a oposição de embargos: a exceção de pré-executividade.⁶³

⁶² ALVIM, Eduardo Arruda. Exceção de Pré-Executividade. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 212.

⁶³ Veja os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: 1. “EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. FALTA DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO. 1. Não ofende nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento da exceção de pré-executividade para postular a nulidade da execução (art. 618 do CPC), independentemente dos embargos do devedor. 2. Considerando o Tribunal de origem que o título não é líquido, certo e exigível, malgrado ter o exequente apresentado os documentos que considerou aptos, não tem cabimento a invocação do art. 616 do CPC. 3. Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 160.107/ES. 3ª Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes. Julgamento 16.03.1999; e 2. “EXECUÇÃO. TÍTULO IMPERFEITO. NULIDADE. DECLARAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS. A arguição de nulidade da execução com base no art. 618 do Estatuto Processual Civil não requer a propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 3.079. Rel. Min. Cláudio Santos.

Nada mais justo, eis que não se pode criar óbice para a defesa do executado, quando injustamente torna-se sujeito passivo na execução, exigindo dele que primeiro garanta-a com bens penhorados, para depois discutir a legitimidade do procedimento.

Tal atitude, feriria o princípio do devido processo legal e estaria a negar o acesso à justiça.

É dever do juiz, de ofício e a qualquer tempo, analisar os pressupostos processuais ao receber a inicial. Ocorre que, muitas vezes, este controle não é feito e a relação processual se formaliza, impondo-se ao devedor o ônus de garantir a execução para poder discutir o título.

Destarte, vem se entendendo que pode o executado suscitar dentro do próprio processo de execução que o título executivo, por qualquer motivo, não é título que possibilite a instauração da expropriação forçada, mesmo antes de se garantir o juízo com a penhora.

O incidente criado pelo executado deve ser decidido pelo juiz antes de tudo e, caso acolhido, provoca a extinção da execução, sem a necessidade de penhorar bens para garanti-la. A este instituto, que pode ser utilizado pelo executado, nominou-se pela maior parte da doutrina e da jurisprudência como exceção de pré-executividade.

Trata-se do meio mais célere e menos doloroso para o devedor, que lhe possibilita discutir a existência formal do título que instrui a execução, evitando uma constrição judicial equivocada de seu patrimônio, bem como outros efeitos que uma execução indevida possam provocar.

3.2 ORIGEM DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Atribui-se a Pontes de Miranda a origem da exceção de pré-executividade. O famoso parecer nº 95, elaborado a partir de consulta feita pela Companhia Siderúrgica Mannesmann, no ano de 1966, em face de execuções instauradas com base em títulos falsos, é norte para o estudo da matéria.

Do Parecer retira-se que as exceções de pré-executividade são pré-processuais e versam sobre os requisitos de admissibilidade do processo de execução.⁶⁴

Para PONTES DE MIRANDA

o conceito de embargos do executado não exaure o de defesa do executado. A ação de execução da sentença ou de título extrajudicial faz nascer relação jurídica processual em ângulo, como a que se observa nas ações de cognição: exequente (Autor), Estado (juiz da execução), executado (réu). De modo que todas as exceções processuais podem ser usadas pelo réu ou executado.⁶⁵

A única crítica que se faz a Pontes de Miranda, é que admita a oposição da exceção apenas no prazo de 24 horas após a citação. Neste ponto, há de se concordar com Galeno Lacerda ao afirmar que como a matéria que se alega está relacionada com a própria existência do título, ou seja, matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício pelo juiz, esta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição.⁶⁶

Segundo SIQUEIRA FILHO

este objetivo de impossibilitar a penhora, atribuído à exceção de pré-executividade, na verdade, é anterior à formulação de Pontes de Miranda em seu parecer. Sete anos antes do afamado parecer, José da Silva Pacheco dizia em seu Tratado das Execuções que a defesa do executado não se esgota nos embargos, e que esta poderia revestir-se de defesa imediata com demonstração cabal da impossibilidade do ato executivo, antes da sua concretização.⁶⁷

Edson Ribas MALACHINI atenta para o fato de que foi Galeno Lacerda, no ensaio “Execução de título extrajudicial e segurança do juízo”, quem primeiro utilizou-se da denominação exceção de pré-executividade. Ressalta que neste

⁶⁴ No Parecer, Pontes de Miranda utiliza as expressões “exceção pré-processual” ou “exceção processual”.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Carlos Cavalcanti. **Dez Anos de Pareceres**. v. 4. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1975, p. 133.

⁶⁶ LACERDA, Galeno. Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo. **Revista AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, 1981, v. 23, p. 14.

⁶⁷ SIQUEIRA FILHO, José Peixoto de. **Exceção de Pré-Executividade**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

estudo Galeno Lacerda acabou por “chamar a atenção dos estudiosos do direito processual para situações em que seria exigência *contra ius*, em certos casos verdadeira iniquidade, exigir a constrição da penhora ou depósito para que o executado – que jamais o deveria ser – pudesse defender-se no processo de execução.”⁶⁸ Ainda, atribui a Galeno Lacerda o mérito de ter resgatado o famoso parecer nº 95 de Pontes de Miranda.

3.3 FUNDAMENTO JURÍDICO

Note-se que não há qualquer fundamento legal específico sobre o tema, que possa nortear com precisão o raciocínio sobre a matéria.

Para Araken de ASSIS, “embora não haja previsão legal, e tendo o juiz tolerado, por lapso, a falta de algum dos pressupostos, é possível o devedor requerer o seu exame desobrigado do aforamento dos embargos, ou antes mesmo de sofrer a penhora.”⁶⁹

Assemelha-se a opinião de Humberto THEODORO JUNIOR para quem “não apenas por meio dos embargos o devedor pode atacar a execução forçada. Quando se trata de acusar a falta de condições da ação de execução, ou a ausência de algum pressuposto processual, a arguição pode ser dada por meio de simples petição nos próprios autos de processo executivo.”

A oposição deste incidente defensivo possibilita a discussão antecipada acerca da viabilidade da execução, anteriormente permitida somente na ação incidental de embargos a execução. Isto porque nenhuma execução que não preencha todos os requisitos processuais e condições da ação pode prosseguir. Destarte, quaisquer matéria de ordem pública, de vícios ou falhas relativas ao título executivo que embasam a execução podem ser alegados através da exceção de pré-executividade.

⁶⁸ MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil** – do processo de execução, arts. 736 a 795. v. 10. Ovídio Araújo Baptista da Silva [coord.]. São Paulo, RT, 2001, p. 179/180.

⁶⁹ ASSIS, **Manual do Processo de Execução**, p. 344

Teori Albino ZAVASCKI ensina que os defeitos da petição inicial, a ausência de pressupostos processuais e de condições da ação, a inexistência ou deficiência do título executivo, quando não detectado pelo exame inicial do juiz, representam matéria própria da ação de embargos do devedor. Todavia, quando a irregularidade se demonstrar evidente a ponto de dispensar dilação probatória, nada impede que o executado a denuncie desde logo, mediante simples petição na própria ação executiva, independentemente de embargos.⁷⁰

Para Ovídio Baptista da SILVA a ação executiva, cada vez com maior intensidade, não está privada da cognição e

contém elemento às vezes relevante de conhecimento, não apenas tendente a corrigir eventuais imperfeições da relação processual, mas em determinados casos, objetivando até mesmo a *“totale e definitiva eliminazione del processo esecutivo”*, de modo que a propositura dos embargos do devedor nem sempre será necessária para que o executado impeça o desenvolvimento da demanda executiva, ainda que essa reação oposta pelo executado seja uma autêntica defesa de mérito, como quando ele – no interregno entre a citação e a penhora – demonstra cabalmente que o documento exibido pelo credor não é título executivo ou lhe falta, evidentemente, legitimidade *ad causum*.⁷¹

Galeno LACERDA sustenta que

na defesa do executado, há exceções prévias, *latu sensu*, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título. Se o título não for exeqüível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico e jurídico. O mesmo há de se dizer, com mais razão, se o título for falso. Seria iniquidade absurda, que o direito e o bom senso não podem acolher, se, em tal hipótese, se impusesse à defesa o grave ônus da penhora (...) Quando, em face de uma situação concreta, a interpretação e a aplicação literal da lei conduzem ao absurdo, deve o juiz buscar outra exegese, porque o ilogismo e a aberração jurídica jamais estiveram nas cogitações do legislador e na finalidade objetiva da norma. Assim, se o atual CPC exige, no art. 737, I, a segurança prévia do juízo pela penhora, para admissibilidade dos embargos do executado, claro está que a regra pressupõe execução normal com obediência dos pressupostos da ação executória. Se estes pressupostos ou condições inexistem, ou ocorre grave suspeita em tal sentido, constituiria violência inominável impor-se ao injustamente executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia...⁷²

⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Título Executivo e Liquidação**. São Paulo: RT, 1999, p. 83.

⁷¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. v. 2. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 35.

⁷² LACERDA, p. 11/12.

Cândido Rangel DINAMARCO, ao falar sobre a incidência do princípio do contraditório na execução, afirma que “não é legítimo sacrificar o patrimônio do devedor mais do que o indispensável para satisfazer o direito do credor”⁷³ e, ainda, que no caso de inexistência de título

deixar que a execução se instaure, com a constrição patrimonial inicial sobre o patrimônio do executado, para apreciar a questão da existência do título somente em eventuais embargos, constitui grave e ilegal inversão sistemática. Até que oferecidos os embargos, ou para sempre se eles não o forem, ter-se-á uma execução processada sem satisfazer a exigência legal do título executivo (arts. 583, 586). Não é legítimo sujeitar o patrimônio de alguém a isso, impondo-lhe ônus de oferecer embargos visando a demonstrar justamente que a penhora não deveria sequer ter sido feita.⁷⁴

Sérgio SHIMURA anota que o depósito da coisa ou a penhora (segurança do juízo), “como *conditio sine qua non* do remédio dos embargos, às vezes é inútil, já que pode acarretar uma terrível e fatal paralisação das atividades econômicas do devedor e produzir consequências imprevisíveis.”⁷⁵ Com essas palavras, demonstra sua simpatia à exceção de pré-executividade.

O mesmo pode se dizer de Mário Aguiar MOURA ao perceber que formado o processo executivo eivado de irregularidades ou de nulidades “há boas razões para que se dispensem os embargos, onerosos e com sacrifício talvez inútil da constrição de bens, abrindo-se ao executado ensejo de petição simples nos autos executivos.”⁷⁶

Percebe-se que não falta fundamento jurídico doutrinário para que se possa admitir a defesa do executado dentro da própria execução, quando esta demonstrar-se manifestamente ilegítima. Há de se reconhecer que as construções doutrinárias anteriormente apontadas levam a concluir que nossa doutrina considera cabível a instauração de um procedimento defensivo interno à ação executiva, desde que obedecidos certos limites.

⁷³ DINAMARCO, **Execução Civil**, p. 166.

⁷⁴ Ibid., p. 451/452

⁷⁵ SHIMURA, p. 72.

⁷⁶ MOURA, Mário Aguiar. **Embargos do Devedor – teoria e prática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Aide, _____, p. 69.

3.4 ADMISSIBILIDADE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE PERANTE A DOUTRINA

A doutrina brasileira admite quase de forma unânime o cabimento da exceção de pré-executividade.

Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI observam que

a apreciação de pressupostos processuais e condições da ação, no processo executivo, submete-se às mesmas normas vigentes para o processo de conhecimento: a matéria que lhes diga respeito é conhecível de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (arts. 267, § 3º, e 301, §4º). Independentemente da propositura de embargos de devedor ou de arguição na própria execução, o juiz tem o dever de averiguar a presença dos requisitos para a atuação jurisdicional executiva.⁷⁷

Segundo Sandro Gilbert MARTINS

a exceção de pré-executividade generalizou-se como forma de defesa a disposição do executado, cujo objetivo é alertar o juiz quanto a existência de vício ou falhas relacionados com a admissibilidade da execução e, com isso, obter a extinção do feito executivo, fulminando a pretensão do exequente de invadir a esfera patrimonial do executado.⁷⁸

Sérgio SHIMURA coloca que “a inépcia da inicial executiva ou a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição *in executivis* constituem matéria a ser apreciada de ofício pelo juiz, ou mediante simples *objeção do executado*, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento.”⁷⁹

Para José Alonso BELTRAME existe um conjunto de exigências que cumpre ao juiz examinar para admitir a execução. Se ausente alguma delas e, ainda assim, a execução vier a ser admitida “a parte poderá, dentro dos autos e sem necessidade de aguardar a garantia do juízo ou esperar o momento dos embargos, apontar a

⁷⁷ TALAMINI; WAMBIER; ALMEIDA, p. 49/50

⁷⁸ Para este autor é equivocada a idéia de que a finalidade da objeção de pré-executividade seja tão somente evitar a penhora do bem executado. Isto porque evitar a penhora será uma consequência natural, inserida num objetivo maior que é o de demonstrar a impossibilidade de prosseguimento de todo o feito executivo. MARTINS, p. 84/85.

⁷⁹ SHIMURA, p. 75.

irregularidade através de pedido de objeção. Como se trata de matéria de ordem pública que o juiz deve de ofício apreciar, a iniciativa da parte, provocando o exame é livre e exercida através de objeção.”⁸⁰

Tarlei Lemos PEREIRA define a exceção de pré-executividade como “instrumento de provocação do órgão jurisdicional, utilizável por quaisquer interessados, por meio do qual se permite argüir a ausência dos requisitos da execução civil, objetivando pear o ato executivo de constrição judicial.”⁸¹

Segundo Nelson NERY JUNIOR

mesmo antes de opor embargos do devedor, o que somente pode ocorrer depois de seguro o juízo pela penhora, o devedor pode utilizar-se de outros instrumentos destinados à impugnação no processo executivo, notadamente no que respeita às questões de ordem pública por meio da impropriamente denominada⁸² exceção de preexecutividade.⁸³

Interessante a colocação de Cândido Rangel DINAMARCO para quem

a inépcia da petição inicial executiva ou a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição *in executivis* constituem matéria a ser apreciada pelo juiz da execução, de ofício ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento. Da circunstância de ser a execução coordenada a um resultado prático e não a um julgamento, não se deve inferir que o juiz não profira, no processo executivo, verdadeiros julgamentos, necessários a escoimá-lo de irregularidades formais e evitar execuções não desejadas pela ordem pública. A recusa a julgar questões dessa ordem no processo executivo constituiria negativa do postulado da plena aplicação da garantia do contraditório a esse processo.⁸⁴

Ainda cabe mencionar a posição de Luiz Edmundo Appel BOJUNGA ao sustentar que

⁸⁰ Note-se que o autor utiliza o termo objeção. No capítulo 4, *infra*, tratar-se-á da distinção entre exceção e objeção. BELTRAME, José Alonso. **Dos Embargos do Devedor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 339.

⁸¹ PEREIRA, Tarlei Lemos. Exceção de Pré-executividade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, vol. 760, ano 88, fev - 1999, p. 784.

⁸² Tratar-se-á da denominação do instituto no capítulo 4, *infra*.

⁸³ NERY JUNIOR, p. 134.

⁸⁴ DINAMARCO, **Execução Civil**, p. 450/451.

a alegação de nulidades, vícios pré-processuais e processuais que tornam ineficaz o título executivo, judicial ou extrajudicial, devem ser suscitados através da exceção de pré-executividade, antes mesmo ou após a citação do executado. A penhora e o depósito são medidas executivas e não podem ser efetivadas quando não existir ou não for eficaz o título que embasa o processo executório.⁸⁵

Já Alcides de Mendonça LIMA não admite a aplicação da exceção de pré-executividade. Defende seu posicionamento afirmando que “será, sem dúvida, o caos do processo de execução, não mais protegendo o credor, como é de sua índole, para favorecer o devedor, em completa deturpação de sua acepção teleológica”; e que “a antecedência da penhora é *conditio sine qua non* da atitude do devedor – executado.”⁸⁶ Para este autor, no direito brasileiro, em virtude da posição de prevalência do credor, a única via defesa do executado é o ajuizamento dos embargos.

Neste sentido, ninguém menos que Enrico Tullio LIEBMAN que se posiciona contrário a defesa no processo de execução. Argumenta que “perante o órgão da execução as partes não se acham (como no processo de cognição) em posição de igualdade: permitir ao órgão executivo tomar em consideração as razões do devedor significaria aquiescer com irremediável indulgência às suas manobras dilatórias.”⁸⁷

Ousa-se discordar. Por certo, o instituto da exceção de pré-executividade não tem por objetivo diminuir a proteção do credor no processo executivo mas, sim, evitar que o credor cometa abusos, praticando atos que poderiam trazer sérios danos ao “suposto” devedor.

Nas palavras de Alberto Camiña MOREIRA

o medo de atitudes protelatórias do devedor não pode afastar o reconhecimento da presença, no arcabouço processual, de defesa fora dos embargos. Construção lógica deve

⁸⁵ BOJUNGA, p. 70.

⁸⁶ PAULO, p. 137.

⁸⁷ Para fundamentar tal posição, LIEBMAN diz que “o instituto do título executório tem exatamente por escopo tornar simples e clara a determinação do poder de agir do órgão: tudo depende unicamente de reconhecer-se a existência do título e basta. De modo que a cognição do órgão da execução não somente carece de qualquer eficácia de declaração, como ainda versa, não sobre o crédito, mas sobre a existência do requisito formal necessário e suficiente para produzir-se nele o poder de agir. Todo o ordenamento da execução, subordinando-a a condição tal, obedeceu à suposição de que assistia razão ao credor...” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado** (tradução da 2. edição italiana). Saraiva: São Paulo, 1952, p. 208.

distinguir as matérias que podem ser veiculadas em simples requerimento, de modo a tornar os próprios atos de execução legítimos, e as matérias que devem ser discutidas em embargos. De resto, sempre o devedor pode oferecer manobras escusas, até mesmo nos embargos, o que não é incomum.⁸⁸

⁸⁸ MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 28.

4 A IMPROPRIEDADE DA DENOMINAÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

É de se ressaltar a impropriedade da denominação dada ao instituto da exceção de pré-executividade. Embora esta seja a expressão utilizada pela maior parte da doutrina e jurisprudência, esta carece de algumas impropriedades. A inadequação do nome ocorre porque “nem é exceção nem, necessariamente, defesa *prévia* (que justificasse o prefixo *pré-*), nem é *de executividade*”⁸⁹.

4.1 DISTINÇÃO ENTRE EXCEÇÃO E OBJEÇÃO

Para CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, ao se falar do conhecimento da defesa pelo juiz,

fala-se em objeção, para indicar a defesa que pode ser conhecida de ofício (p. ex., incompetência absoluta, coisa julgada, pagamento⁹⁰) e em *exceção em sentido estrito*, para indicar a defesa que só pode ser conhecida quando alegada pela parte (incompetência relativa, suspeição, vício da vontade v. CPC, art. 128, parte final). No tocante à primeira, o réu tem o ônus relativo de alega-lá; quanto à segunda, o ônus é absoluto.⁹¹

Nas palavras de José Alonso BELTRAME “a defesa que envolve matéria de ordem pública, por natureza indisponível, denomina-se objeção. Nas objeções, alcançam-se todos os assuntos que, articulados ou não, devem ser examinados pelo juiz. As exceções, por alcançarem matérias que dizem respeito ao interesse da parte, portanto, disponíveis, precisam ser provocadas.”⁹²

Grande parte da doutrina adverte que a natureza processual do instrumento analisado não seria de exceção, mas sim, de objeção. Isto porque “na maior parte

⁸⁹ MALACHINI; ASSIS, p. 170

⁹⁰ Note-se que há discussão doutrinária sobre tratar-se o pagamento de matéria de objeção ou de exceção.

⁹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 272.

⁹² BELTRAME, p. 338.

dos casos, a objeção de pré-executividade funciona como um instrumento para alertar o juiz sobre deficiências da petição inicial da execução que poderiam (*rectius*, deveriam) ter sido reconhecidas de ofício ao despachar a petição inicial.”⁹³ Nas objeções apresentam-se matérias que o juiz deve conhecer de ofício, enquanto nas exceções se discutem matérias que dependem necessariamente de provocação da parte.

Outro doutrinador que critica a utilização do termo exceção de pré-executividade é Nelson NERY JUNIOR pois a exceção traz ínsita a idéia de disponibilidade do direito, razão pela qual não oposta a exceção ocorre a preclusão. Isso não ocorre na objeção de pré-executividade já que seu objeto é matéria de ordem pública decretável de ofício pelo juiz, sendo assim, insuscetível de preclusão. Destarte este instituto tem natureza jurídica de objeção.⁹⁴

Alberto Camiña MOREIRA discorda do posicionamento acima exposto pois “tendo em vista que o pedido de reconhecimento de prescrição pode ser formulado por simples requerimento e não é matéria decretável de ofício, não se coadunando com a noção de objeção quando se trata de direito patrimonial, a crítica formulada e a denominação proposta ressentem-se de aplicação.”⁹⁵

Ademais, ressalta que historicamente a palavra “exceção” sempre teve o sentido de defesa e “qualquer que seja o conceito que se adote desse vocábulo, estará no seu núcleo a idéia de que serve de meio defensivo.”⁹⁶

Assim sendo, o autor defende a utilização desta expressão não apenas porque esta já está consagrada pela doutrina e jurisprudência, mas também porque exceção sempre teve o sentido amplo de defesa.

Tarlei Lemos PEREIRA ainda afirma que apesar de Pontes de Miranda ter se utilizado da expressão exceção em seu famoso parecer nº 95, este só o fez

⁹³ ALVIM, p. 214.

⁹⁴ NERY JUNIOR, p.134.

⁹⁵ MOREIRA, **Defesa sem embargos**, p. 36.

⁹⁶ Ibid., p. 37.

porque sob a égide do CPC de 1939 as exceções eram identificáveis como qualquer tipo de defesa que não versassem diretamente sobre o mérito.⁹⁷

Entretanto, note-se que há autores que admitem a utilização da exceção de pré-executividade ainda que o executado pretenda levantar matéria que dependa de arguição da parte, desde que para tal não se faça necessária qualquer dilação probatória.

Helena de Toledo Coelho GONÇALVES considera que o termo exceção de pré-executividade deve ser evitado pois, embora se trate de instrumento de defesa do executado, esta é deduzida nos próprios autos. Destaca que tal expressão “pode induzir em erro na medida em que, à luz do art. 297 do CPC, exceção é modalidade de resposta do réu e será processada em apenso aos autos principais” e, ainda, porque “o sistema processual restringe as matérias de defesa a serem deduzidas por via de exceção, ou seja, arguição de incompetência, impedimento e suspeição e, principalmente, a exceção do CPC *suspende o processo*.”⁹⁸ Ocorre que a objeção de pré-executividade não é capaz de suspender o curso do processo de execução, que somente pode ser suspenso por ação autônoma de embargos do devedor, conforme dispõe o § 1º do art. 739 do CPC.

Assim sendo, para esta autora o termo objeção de pré-executividade é o mais adequado porque “primeiro não se confunde com nenhum instrumento processual legalmente previsto, segundo porque se trata de argumento de defesa, ou seja, contrário à executividade do título, ou, melhor ainda, verdadeira contestação prévia ao direito do credor, tendo em consideração matérias de ordem pública.”⁹⁹

Edson Ribas MALACHINI em seus Comentários ao Código de Processo Civil, toma posição contrária a denominação exceção de pré-executividade para a defesa do executado no próprio processo de execução.

Observa que a impropriedade no uso da expressão “exceção” reside no fato de que, no nosso CPC este termo não é utilizado no sentido amplo de defesa, mas

⁹⁷ PEREIRA, p. 770.

⁹⁸ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Objeção de Pré-executividade – uma análise principiológica. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 452.

⁹⁹ Ibid., p.454.

tão somente para significar as três exceções processuais de incompetência relativa, impedimento e suspeição. Anota, ainda, que, por outro lado, “o sentido mais próprio de *exceptio* é, realmente, o das exceções de direito material, como as de prescrição, retenção, *beneficium excussionis*, a *exceptio non adimpleti contractus*- matérias de interesse do réu, de defesa, de que o juiz só pode conhecer se alegadas por ele.”¹⁰⁰ Para que haja a apreciação de tais matérias, portanto, deve haver a iniciativa das partes. Neste sentido, considera-se mais apropriado utilizar-se do termo objeção, pois as exceções não poderiam ser apreciadas de ofício.

Porém, ainda afirma que se entender-se o vocábulo “exceção” em uma acepção ampla de defesa (considerando que à ação se contrapõe uma exceção, pois ao direito de ação corresponde o direito de exceção), em geral, pode-se utilizar esta expressão.

Isto porque, entendido no sentido mais amplo de defesa em geral, o termo exceção abrange

tanto as exceções *propriamente ditas* (de direito material, tal como a prescrição); quanto os *atos impeditivos* (ou *obstativos*), *modificativos* ou *extintivos* (dos arts. 22, 326 e 333) do direito alegado pelo autor (ex.: o cumprimento da obrigação); como, ainda, matéria exclusivamente *processual* (assim as concernentes a nulidades, pressupostos processuais, ‘condições da ação’). Nesse sentido, até se pode dizer que a palavra *exceção* é melhor que a outra que tem sido sugerida, *objeção*, pois compreende os casos representativos desta (como o cumprimento da obrigação, a novação, a dação em pagamento), enquanto esta não abrange as *exceções em sentido próprio* (ou *stricto sensu*), de direito substancial, das quais o juiz não pode conhecer de ofício...”¹⁰¹

Interessante a posição de Sérgio SHIMURA para quem podem ser alegadas via exceção de pré-executividade:

a) matérias que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, isto é, matérias de ordem pública (pressupostos processuais e condições da ação); tais defesas são argüíveis por meio de objeção de pré-executividade; b) matérias que devem ser objeto de alegação da parte, sendo, porém, desnecessária qualquer dilação probatória para sua demonstração; podem ser veiculadas pela chamada exceção de pré-executividade; c) matérias que devem ser alegadas pela parte, cuja comprovação exige dilação probatória; nesse caso, mister se faz a oposição dos respectivos embargos do devedor.”¹⁰²

¹⁰⁰ MALACHINI; ASSIS, p.171.

¹⁰¹ Ibid., p. 177/178.

¹⁰² SHIMURA, p .70/71.

Eduardo Arruda ALVIM aponta que “a exceção de pré-executividade foi idealizada principalmente para tratar de matérias cognoscíveis de ofício. Por isso, parece mais apropriado denomina-la de objeção de pré-executividade, sempre que por meio dela se pretende levantar matéria cognoscível de ofício.”¹⁰³

Porém, declara concordar com o posicionamento de Sérgio Shimura para quem, dependendo da matéria que for deduzida, poderá denominar-se exceção ou objeção de pré-executividade.

Também José Miguel Garcia MEDINA prefere a adotar a denominação exceção ou objeção de pré-executividade, dependendo da matéria que venha a ser argüida, pois,

as matérias que devem ser conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional, independentemente de provocação do interessado, são chamadas de objeções, ao lado daquelas matérias que somente merecem ser analisadas se houver provocação pela parte, que são chamadas de exceções (...) Em se tratando, contudo, de questões de direito, que podem ser examinadas sem que se desvirtue a finalidade do processo, bem como não se perturbe a prática dos atos executivos, não vemos óbice à admissibilidade no exame de tais matérias pelo juiz, seja de ofício, quando isto for possível, seja em virtude de provocação do executado, através de exceção de pré-executividade.¹⁰⁴

4.2 IMPROPRIEDADE DO TERMO “PRÉ-EXECUTIVIDADE”

Paulo Henrique dos Santos LUCON critica não apenas o uso do termo exceção mas, também, da expressão “de pré-executividade”. Isto porque

por pré-executividade tem-se a falsa impressão de algo que vem antes da execução propriamente dita. Na verdade, quando se alega a assim denominada objeção de pré-executividade, a petição inicial da execução já foi devidamente distribuída e, em alguns casos, atos constitutivos já ocorreram. Além disso, a matéria relativa à objeção pode não se referir à “executividade”, tal como ocorre, por exemplo, no caso de falta ou nulidade de citação no processo cognitivo anterior.¹⁰⁵

¹⁰³ ALVIM, p. 215.

¹⁰⁴ PAULO, p. 161.

¹⁰⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Objeção na Execução – Objeção e Exceção de Pré-executividade. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 571.

José Ysnaldo Alves PAULO também critica o uso da expressão “pré-executividade”, pois

a partícula “pré” colocada no início de uma palavra denota antecedência, aquilo que vem antes, o que está anteriormente, pré-executividade expressa a condição do que ainda não chegou a executividade, vem antes dela. Se estamos diante do processo de execução que já se inicia sob executividade, o uso da partícula para chamar a atenção da inexistência daquela eficácia executiva parece imprópria e inadequada. Para o caso, em processo de execução singular, mostra-se mais consentâneo intitular-se **objeção de executividade...** (grifo nosso)¹⁰⁶

Outro que tece crítica a denominação é o renomado jurista, José Carlos BARBOSA MOREIRA para quem, não apenas está equivocado o uso do substantivo *exceção*, como também, do complemento de “pré-executividade”. Considera que melhor seria falar em não-executividade que em pré-executividade, pois a última está “desprovida de força negativa e impregnada de uma conotação temporal capaz de induzir em falsa pista o comum dos mortais. O problema não é de ‘antes’ ou ‘depois’: é de ‘sim’ ou ‘não’”. O que se pretende é negar a executividade, pois não se está pensando em algo que a preceda, mas sim, em demonstrar que, apesar das aparências, a executividade não existe.¹⁰⁷

Edson Ribas MALACHINI, também considera inapropriado o termo “pré-executividade”. Isto porque o prefixo pré denota anterioridade, preexistência. Ocorre que já se está diante do processo de execução que já se inicia sob executividade.

Como defensor da expressão exceção de pré-executividade, Alberto Camiña MOREIRA considera acertado não apenas o termo “exceção” mas, também, o termo “pré-executividade”, ao afirmar que tal expressão certamente não significaria pré-processo de execução, mas sim “possibilidade de defesa antes da penhora, antes do gravame, antes da constrição, antes, enfim, dos atos marcadamente executivos. Esse é o significado da expressão; mas é defesa intra-processo, evidentemente.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ PAULO, p. 104.

¹⁰⁷ MOREIRA, José Carlos. Exceção de Pré-executividade: uma denominação infeliz. **Informativo Semanal ADV/COAD 5/2000**. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁰⁸ MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 39.

Edson Ribas MALACHINI faz uma crítica quanto a esta posição de Alberto Camiña Moreira. É que para se aludir a defesa antes da penhora, do gravame, dever-se-ia apor o prefixo pré a própria palavra exceção, e não àquilo que a exceção se opõe: a executividade. Uma vez que o processo já foi instaurado, não há que se falar em pré-executividade.¹⁰⁹

Este autor acaba por concluir, quanto a denominação, que

pode-se falar em *simples defesa*, *defesa nos autos*, *requerimento nos autos*, *petição nos autos*, *defesa por simples petição (petitio simplex)* ou *por simples requerimento*, *reclamação*; ou, adotando a própria denominação específica para a defesa contra a ação executiva – mas, aqui, sem a exigência da ‘segurança do juízo’ (art. 737) – *embargos nos próprios autos*; ou ainda, o que nos pareceria melhor, *oposição nos próprios autos*; ou, finalmente, *defesa infraprocessual* (melhor, a nosso ver, que *defesa endoprocessual*).¹¹⁰

Porém, preferiu adotar a denominação genérica defesa intraprocessual¹¹¹, denominação simples e abrangente.

Não obstante haja ampla discussão doutrinária a respeito da impropriedade do termo “exceção de pré-executividade”, não há como deixar de observar que é expressão já consagrada pelo uso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria.

¹⁰⁹ MALACHINI; ASSIS, p. 183.

¹¹⁰ Ibid., p. 187

¹¹¹ Apesar de considerar que o prefixo *intra* não é o mais adequado.

5 QUESTÕES SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

5.1 CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE

Como não há regulamentação legal acerca da exceção de pré-executividade, encontram-se divergências jurisprudenciais e doutrinárias a seu respeito. Entretanto, podemos identificar dois critérios que encontram respaldo na maioria da doutrina e jurisprudência: o primeiro critério autoriza a utilização desta forma de defesa quando se tratar de matéria ligada à admissibilidade da execução, portanto, que pode ser conhecida de ofício e a qualquer tempo pelo juiz. O segundo critério é relativo a perceptibilidade do vício apontado, que deve ser de fácil constatação, ou identificável *prima facie*.

Portanto são argüíveis via exceção de pré-executividade as matérias de ordem pública, que podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo, inclusive, ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Contudo, parte da doutrina defende que se pode utilizar deste meio de defesa também para a arguição de matérias de direito indisponível, que devam ser necessariamente alegadas pelas partes, como a prescrição, o pagamento, a novação, a compensação, o excesso de execução, entre outras, pois são matérias capazes de tornar nulo o título que embasa a execução. Portanto, havendo a possibilidade de sua comprovação de plano através de prova documental, podem ser argüidas.

De um modo geral, a jurisprudência tem admitido a exceção de pré-executividade nas hipóteses relacionadas às matérias que o juiz pode conhecer de ofício – notadamente pressupostos processuais e condições da ação – e nos casos em que é admitida a alegação da parte a qualquer tempo, como nulidade do título, da execução (art. 618 do CPC) e penhora de bem impenhorável. Alguns julgados ampliam o espectro e a admitem também em matéria de mérito.

Quanto a perceptibilidade *prima facie*, Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Luiz Rodrigues WAMBIER colocam que esta pode ser verificada quando o juiz detectar a existência de vício que inviabilize a execução a partir do próprio material contido no

processo (“com o qual o credor, aliás, instrui a execução”)¹¹²; ao que se pode, ainda, acrescentar o material juntado aos autos pelo próprio executado.

5.1.1 Matérias de Ordem Pública

Não há divergência doutrinária quanto a admissibilidade da exceção de pré-executividade quando as matérias alegadas são cognoscíveis de ofício pelo juiz, ou seja, aquelas que dizem respeito aos requisitos necessários à constituição e desenvolvimento válido do processo e condições da ação (pressupostos processuais, condições da ação, especialmente a inexistência, nulidade ou inexequibilidade do próprio título executivo e nulidades em geral).

Isto porque, é dever do juiz apreciar quaisquer questões atinentes a estas matérias, independentemente de qualquer provocação do interessado, já que “o requerimento que ele faça, para que o juiz examine alguma questão dessa natureza, é mera lembrança, ao magistrado, do cumprimento desse dever.”¹¹³

José Alonso BELTRAME ressalta que

embora as nulidades possam ser vistas nos embargos, nada obsta que sejam objeto de exame nos próprios autos de execução, desde que não envolvam aspectos de alta indagação. Se ao juiz é possível a apreciação, de ofício, das nulidades e ao credor é dado apontá-las, é de se delegar ao devedor, também, a faculdade de provocar o exame delas no bojo da execução, embora disponha dos embargos. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá arguir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução.¹¹⁴

Observe-se o posicionamento de Humberto THEODORO JR. para quem

a nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como ex

¹¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER Luiz Rodrigues. Sobre a Objeção de Pré-executividade. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 1998.

¹¹³ MALACHINI; ASSIS, p. 197.

¹¹⁴ BELTRAME, p. 156/157.

officio. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá arguir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução.¹¹⁵

Segundo Nelson RODRIGUES NETTO, indubitavelmente podem ser objeto de exceção de pré-executividade as seguintes matérias:

i) pressupostos processuais de existência: jurisdição, representação do autor por advogado, petição inicial e citação; ii) pressupostos processuais de validade: juízo com competência, juiz imparcial e não impedido, capacidade e legitimidade processual, petição inicial e citação válidas; iii) pressupostos processuais negativos: coisa julgada, litispendência e perempção (art. 268, par.ún. do CPC); iv) as condições da ação: legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.¹¹⁶

Eduardo TALAMINI explica que

podem ser conhecidas na própria execução, independentemente de embargos, as questões que versam sobre a existência e validade do processo executivo ou de seus atos: condições da ação executiva, pressupostos do processo executivo, nulidades dos atos da execução e a observância do menor sacrifício do devedor (p. ex., a discussão sobre o bem a penhorar).¹¹⁷

Edson Ribas MALACHINI concebe que o fundamento para que se admita a alegação de matérias cognoscíveis de ofício, por simples requerimento, mesmo antes da segurança do juízo, é o mesmo que encontramos no processo de cognição, conforme dispõe o artigo 303 do CPC, pois

se no processo de cognição, “é lícito deduzir novas alegações” “depois da contestação”, quando “competir ao juiz conhecer delas de ofício”, por fundamento semelhante se há de entender que, no processo de execução, possam também ser feitas “alegações”, antes ou após o prazo para os embargos respectivos – no segundo caso tenham eles, ou não, sido opostos.¹¹⁸

¹¹⁵ THEODORO JUNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**. p..

¹¹⁶ RODRIGUES NETTO, Nelson. Exceção de Pré-executividade. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1999, n. 95, ano 24, jul. – set. 1999, p. 36.

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. Embargos à Execução de Título Judicial eivado de inconstitucionalidade. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2002, n. 106, ano 27, abr. – jun. 2002, p. 72.

¹¹⁸ MALACHINI; ASSIS, p. 200.

Para Alberto Camiña MOREIRA “o título executivo insere-se na categoria jurídico-processual chamada condição da ação. Assim, os defeitos e vícios que ele possa conter são sempre enfocados sob a ótica da carência de ação, ainda que possam representar, no plano do direito material, nulidade.”¹¹⁹ Isto porque, para este autor “se o título executivo desobedecer às regras de direito material para a sua formação, regras de direito cambial, por exemplo, com caracterização de nulidade, no processo esse vício transmudar-se-á em falta de interesse de agir. Não se fala, pois, em nulidade da execução.”¹²⁰ Afirma que no processo de execução o interesse de agir é representado pelo título executivo e pela certeza, liquidez e exigibilidade do direito.

Neste sentido manifesta-se Cândido Rangel DINAMARCO que adverte para a impropriedade da cominação de “nulidade da execução” nos casos em que se lhe faltar título executivo. Ensina que “inadequadamente, fala o Código em nulidade da execução nos casos em que lhe faltar título executivo (art. 618, I). Confunde carência de ação com nulidade. Falar em nulidade por falta de uma das condições da ação (no caso, o legítimo interesse de agir) é manifesta impropriedade”.¹²¹

Já Araken de ASSIS sustenta que a ausência de título gera nulidade, a teor do art. 618, I. Respeitando o conteúdo dessa regra, o título não seria “condição” da demanda executória nem tampouco representaria fato constitutivo da ação. O título seria pressuposto do processo válido. Sendo assim, sua ausência geraria invalidade.¹²²

Por óbvio que se o título executivo não se revestir de liquidez, certeza e exigibilidade, há nulidade da execução, conforme dispõe o art. 618 do CPC, podendo a parte argüí-la independentemente de embargos à execução, pois o juiz até poderia reconhecer de ofício.

De qualquer forma, inexistente, viciado ou defeituoso o título, ausentes se mostram as condições da ação executiva, implicando a extinção do processo.

¹¹⁹ MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 128.

¹²⁰ Ibid., p. 149.

¹²¹ DINAMARCO, **Execução Civil**, p. 422.

¹²² ASSIS, **Manual do Processo de Execução**, p. 117.

Para Mariana Tavares ANTUNES somente as questões de ordem pública e como tal passíveis de análise de ofício pelo juiz podem ser objeto da exceção. As demais matérias, como discussão acerca do valor exequendo, por exemplo, somente poderão ser realizadas pela via da ação incidental de embargos, sob pena de desnaturação do processo executivo.

Portanto, demonstra-se que é amplamente majoritário, na doutrina e jurisprudência brasileira¹²³, o entendimento de que as matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz – matéria processual – podem ser suscitada pelo executado por simples petição, independentemente da propositora dos embargos à execução e, por conseqüência, independentemente da constrição judicial. Porém, a questão é controversa quando se trata de matéria de mérito.

5.1.2 Matérias de Mérito

Se já há uma diversidade doutrinária acerca da admissibilidade ou não de alegação de matéria de ordem pública *in executivis*, quanto mais, de admitir-se ou

¹²³ Veja os seguintes julgados: 1. AGRADO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – VIA ESTREITA – NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO EX-OFFICIO PELO JUIZ DA CAUSA – MATÉRIA ALEGADA – EXIGÊNCIA DE APROFUNDAMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – VIA ADEQUADA – DESPACHO MANTIDO – AGRADO IMPROVIDO – Na estreita via da exceção de pré-executividade somente poderão ser discutidas matérias de ordem pública que possam ser reconhecidas ex-officio pelo juiz da causa. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Ag. Instr. 0097459-8 (19893) São José dos Pinhais. 4. C.Cív. Rel. Des. Octávio Valeixo. DJPR 04.03.2002) 2. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO – RECURSO IMPROVIDO – Apelo improvido, eis que admite-se exceção de pré-executividade, conhecida de ofício, independentemente dos embargos do devedor, pois inexistente o título executivo em que baseia-se a presente execução, e sendo esta matéria de ordem pública, não há que se falar em preclusão, mantendo-se in totum a sentença recorrida... (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. AC 024930087457. 2. C.Cív. Rel. Des. Maurílio Almeida de Abreu. J. 10.05.2002) 3. PROCESSO CIVIL – AGRADO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – CONTA CONJUNTA – CHEQUES EMITIDOS POR UM DOS CORRENTISTAS – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO CORRENTISTA NÃO EMITENTE – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – ACATAMENTO – 1. Considerando que a ilegitimidade passiva *ad causam* é matéria atinente às condições da ação, portanto, matéria de ordem pública, afigura-se como descabida a exigência de garantia do juízo e a interposição de embargos do devedor para o conhecimento de tal questão. Assim sendo, é perfeitamente admissível o manejo por parte do executado do incidente denominado exceção de pré-executividade. 2. Conforme precedentes do TJDF, pacífico é que, em se tratando de conta corrente conjunta, somente o emitente do cheque fica vinculado ao título, e, por conseguinte, o outro correntista é parte ilegítima para figurar como executado em execução lastreada em cheque não assinado por ele. 3. Agravo de instrumento conhecido e provido. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. AGI 20020020014837 DF. 5. T.Cív. Rel. Des^a Maria Beatriz Parrilha. DJU 06.03.2003, p. 31)

não o conhecimento de matérias de mérito no próprio processo executivo. Isso porque há um conflito entre os interesses do exequente (que possui um direito previamente reconhecido) e do executado (que deseja maior cognição e segurança jurídica).

Grande é a polêmica a respeito de quais matérias poderiam ser alegadas pela via da exceção. Alguns autores consideram que certas matérias de mérito poderiam ser alegadas (e, até mesmo, conhecidas de ofício pelo juiz) desde que houvesse prova documental suficiente para julgar esta defesa. Outros afirmam que o único meio possível de se discutir a respeito das matérias de mérito no seio do processo de execução é pela via dos embargos do executado.

Como destaca Eduardo Arruda ALVIM, não é simples distinguir as hipóteses em que é cabível a exceção de pré-executividade para alegação de matérias não cognoscíveis de ofício pelo juiz, pela desnecessidade de dilação probatória, e o caso em que somente os embargos são cabíveis para discutir a questão. Segundo o autor

não se pode estabelecer uma fórmula exata e absolutamente clara que permita distinguir ambas as hipóteses com precisão matemática. O que se nos afigura mais correto é, à luz desses mesmos critérios e valores, analisar caso a caso, decidindo pela viabilidade do manejo da defesa na própria execução ou não (o que, repita-se, é hipótese possível mas não excepcional, sob pena de descaracterizar o processo de execução enquanto tal)¹²⁴

Eduardo TALAMINI adverte que “as matérias de mérito – vale dizer: as atinentes a procedência substancial da pretensão executiva – em regra não podem ser examinadas dentro do processo de execução.” Entende, ainda, que

as questões de mérito só são objeto de conhecimento na execução de uma forma *indireta* e *sumária* – e em casos extremamente restritos (...) De uma forma *indireta*, porque são examinadas estritamente para o mero fim *processual* de extinção do processo (ou seja, são examinadas sob a perspectiva exclusiva das consequências que geram). De uma forma *sumária*, porque têm de estar evidenciadas *prima facie*: qualquer disputa mais profunda que se ponha acerca de sua ocorrência não poderá ser dirimida dentro do processo executivo.¹²⁵

¹²⁴ ALVIM, p. 224

¹²⁵ TALAMINI, **Embargos à Execução de Título Judicial eivado de Inconstitucionalidade**, p. 72.

Sérgio SHIMURA expõe que aquelas matérias que não sejam decretáveis de ofício pelo juiz, exigindo a arguição da parte para seu exame, mas que não demandem qualquer dilação probatória para sua demonstração, isto é, desde que demonstradas de pronto e de modo inequívoco, sem a necessidade de produção de outras provas; podem ser discutidas e decididas independentemente de penhora através da exceção de pré-executividade.¹²⁶

Note-se, também, a posição de Nelson RODRIGUES NETTO para quem as matérias que suscitam divergência quanto a serem de ordem pública, e alegáveis e conhecíveis a qualquer momento pelo juiz, inclusive de ofício, como pagamento, transação, compensação, prescrição e decadência, ou qualquer fato impeditivo ou modificativo do direito do credor; poderiam ser objeto da exceção de pré-executividade.¹²⁷

Na mesma linha de pensamento está Eduardo de Arruda ALVIM para quem não se deve descartar o uso da defesa do executado no seio da própria execução, caso a matéria não se encaixe dentro do rol daquelas que podem-devem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Isto, é claro, com a condição de que a arguição de tais matérias independa de maior dilação probatória pois, havendo possibilidade de defesa sem dilação probatória, será possível maneja-la sem a prévia garantia do juízo.¹²⁸

Ovídio Baptista da SILVA esclarece que

os limites de cognição do juiz da execução, que deveria limitar-se às defesas processuais, ou como lhes chama o direito italiano, defesas contra atos executivos e não defesas de mérito contra a execução, têm-se alargado para permitir que o executado, nos autos do processo executivo, suscite determinadas exceções que digam respeito ao *meritum causae*¹²⁹

¹²⁶ Ainda afirma que “alguns temas, por estarem no campo da disponibilidade do direito, não podem ser reconhecidos pelo juiz sem que haja invocação do devedor (ex.: prescrição, pagamento, compensação, novação, etc.). Mas se estiverem provados de forma límpida, irretorquível, contatável *prima facie*, sendo de todo prescindível qualquer incidente probatório (prova pericial, testemunhal, depoimento pessoal, etc.), aí então se mostra fértil o terreno para o oferecimento da exceção de pré-executividade.” SHIMURA, p. 78.

¹²⁷ RODRIGUES NETTO, p. 36.

¹²⁸ ALVIM, p. 224.

¹²⁹ SILVA, p. 36.

Ressalta, ainda, que “a existência de cognição interna à demanda executiva apenas confirma sua jurisdicionalidade, pois não poderá haver jurisdição onde o julgamento seja inexistente”.¹³⁰

Porém grande parte da doutrina posiciona-se contra a possibilidade de alegar quaisquer matérias de mérito pela via de exceção de pré-executividade.

Cita-se Luiz Peixoto de SIQUEIRA FILHO para quem

é certo também afirmar estar excluída a atividade de conhecimento do processo de execução, ressalvado o conhecimento exercido no momento da verificação dos pressupostos e condições da ação. Qualquer discussão a respeito de exceções materiais ou fatos impeditivos da eficácia do título será remetida a posterior discussão nos embargos.¹³¹

José Alonso BELTRAME afirma que movimento liberal vem admitindo que dentro da execução e mesmo antes de sua garantia, seja possível trazer ao juiz fatos que, embora não sejam de ordem pública, inviabilizam-na. Vários seriam os fundamentos a inspirar esta tendência. O mais importante deles é o de que não seria justo atingir o patrimônio do executado, criando-lhe restrições quando tal gravame é injusto, se fatos estão a evidenciar ser inadmissível a execução.¹³²

Demonstrando posicionar-se favoravelmente a alegação de matéria de mérito por meio da exceção de pré-executividade, Alberto Camiña MOREIRA afirma que a doutrina tem admitido a alegação por simples petição de matéria de ordem pública, especialmente os pressupostos processuais e condições da ação que podem ser levadas ao juiz a qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do art. 267, § 3º do CPC. Porém, destaca que também se admite alegações de mérito através da exceção, o que é perfeitamente cabível, como por exemplo, nos casos de prescrição, decadência e pagamento.¹³³

¹³⁰ Id.

¹³¹ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de Pré-executividade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 12

¹³² Conclui tal afirmação expondo que a previsão constitucional, contida no art. 5º, LIV, tem concorrido para o incremento desta orientação, pois a Constituição garante que ninguém será privado da liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal e admitir-se uma execução quando seus pressupostos não estão presentes seria violar tal garantia. BELTRAME, p. 339.

¹³³ MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 29.

5.1.2.1 O cumprimento da obrigação, pagamento ou adimplemento

Edson Ribas MALACHINI considera que o cumprimento da obrigação é matéria que o juiz deve conhecer até independentemente de alegação do devedor (embora muito dificilmente o juiz venha a ter conhecimento do pagamento sem que o executado lhe denuncie este fato extintivo, apresentando a prova)¹³⁴.

Isto porque o CPC, em seu art. 580, considera requisito necessário para realizar qualquer execução o inadimplemento do devedor. Logo, se constar dos autos prova documental do cumprimento da obrigação, o juiz deverá declarar extinta a obrigação e, conseqüentemente, o processo executivo.¹³⁵

Destaca que há controvérsia no que se refere a considerar o cumprimento da obrigação (pagamento) matéria de objeção¹³⁶, que pode ser conhecida de ofício pelo juiz, ou matéria de exceção (de direito material), que exige manifestação do interessado para que possa ser apreciada pelo juiz.

Para este autor o cumprimento da obrigação é matéria de objeção e, assim sendo, trata-se de questão da qual o juiz deve conhecer independentemente de alegação pela parte interessada. Ademais, aponta que “o fato de considerar-se exceção e não objeção o cumprimento da obrigação não impediria que o executado exercesse a defesa intraprocessual, alegando, por exemplo, o pagamento da dívida

¹³⁴ MALACHINI; ASSIS, p. 215.

¹³⁵ EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ARGÜIÇÃO DE PAGAMENTO – POSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PROVA CABAL DE SUA EFETIVAÇÃO – 1. A alegação de pagamento é passível de análise em exceção de pré-executividade. Contudo, é necessário que a prova de sua efetivação esteja cabalmente demonstrada nos autos, o que não ocorreu in casu. 2. A controvérsia existente quanto à suficiência dos valores convertidos em renda, nos autos de mandado de segurança em que se discutiu a constitucionalidade do tributo ora executado, somente poderá vir a ser dirimida mediante instrução probatória, mormente por meio da juntada dos autos do processo administrativo em que foi apurado o crédito tributário remanescente. 3. A matéria levada a exame, conquanto consista na alegação de pagamento, depende de dilação probatória, o que somente é possível em sede de embargos à execução, após garantido o juízo. (SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal 3. R. AG 138520 (2001.03.00.027990-2). SP. 6. T. Rel. Des. Fed. Mairan Maia)

¹³⁶ Neste sentido GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO, que consideram o pagamento matéria de objeção, embora não fundamentem tal posição. Ensinam que quanto ao conhecimento da defesa pelo juiz “fala-se em objeção, para indicar a defesa que pode ser conhecida de-ofício (p.ex., incompetência absoluta, coisa julgada, pagamento).” CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. 272.

pecuniária. Assim, se tiver prova documental desse pagamento, poderá fazê-lo por simples requerimento nos próprios autos do processo executivo.”¹³⁷

Ainda, assinala que podendo o executado apresentar prova inequívoca do pagamento seria iniquidade que tivesse de se sujeitar a propor os embargos e sofrer a penhora.¹³⁸

Na mesma linha de raciocínio Alberto Caminã MOREIRA para quem no direito processual prevalece o entendimento de que o pagamento é objeção, portanto, conhecível de ofício pelo juiz a qualquer tempo. Nas conclusões de sua obra “Defesa sem embargos – exceção de pré executividade” afirma que “o pagamento é objeção substancial e por isso pode ser conhecido, no processo de execução, a qualquer tempo, independentemente da segurança do juízo ou da propositura dos embargos.”¹³⁹

Cita Calmon de Passos que leciona que o pagamento é objeção de direito material e, assim sendo, se houver prova nos autos desse pagamento o juiz deverá considerar esse fato extintivo, independentemente de arguição do réu.¹⁴⁰

Caminã MOREIRA considera que se houve pagamento da quantia cobrada na execução ocorreu o adimplemento e, conseqüentemente, extinção da obrigação. Ocorre que o inadimplemento é requisito necessário para realizar qualquer execução. Por essa razão, efetuado o pagamento, não há que se falar em execução.

Para o autor “seria extremamente desarrazoado que o juiz, diante da prova de pagamento da dívida, ignorasse-a, para exigir novo pagamento e, posteriormente, a repetição dele.”¹⁴¹ Destaca, ainda, que “exigir embargos com a finalidade de pedir a extinção da execução pelo pagamento é grave atentado à instrumentalidade do processo já que a solução pode ser obtida pelo modo simples

¹³⁷ MALACHINI; ASSIS, p. 215.

¹³⁸ Edson Ribas MALACHINI ensina que, nos casos em que houver alegação de pagamento através da exceção de pré-executividade, “é claro que o juiz deverá ouvir o exeqüente antes de julgar, já por força do princípio do contraditório, sempre presente...” Id.

¹³⁹ MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 226.

¹⁴⁰ Ibid., p. 160.

¹⁴¹ Ibid., p. 162.

da exceção de pré-executividade.”¹⁴² Entretanto, não deixa de ressaltar que fazendo-se necessária a produção de provas mais complexas, como a pericial ou mesmo a testemunhal, o caminho é a alegação através de embargos, em que há ilimitada possibilidade de instrução.

O autor menciona, ainda, o posicionamento de Liebman (que exige subordine-se o devedor à via dos embargos para a alegação de pagamento) corroborado na seguinte passagem

o devedor não pode defender-se diretamente na execução invocando qualquer espécie de defesa, *inclusive os fatos extintivos do crédito*, que constituem neste plano armas sem gume. Por exemplo, quando citado inicialmente para a execução, *não pode apresentar-se ao juiz e querer provar que pagou sua dívida*. O juiz não pode ouvir e deve mandar prosseguir a execução” (sem grifo no original).¹⁴³

Liebman posiciona-se contrariamente à possibilidade de o devedor, “sem propor uma ação formal, alegar perante órgão da execução, juiz ou oficial de justiça, suas razões para demonstrar a inexistência do direito.”¹⁴⁴

Sérgio SHIMURA, embora considere o pagamento matéria de exceção e não de objeção, afirma que o pagamento pode ser alegado através de exceção de pré-executividade, desde que sua ocorrência se prove de forma óbvia e imediata pelo simples exame do título. No entanto, se o fato alegado depender de um exame mais aprofundado (no que tange à prova) a análise deverá ser feita por meio dos embargos do devedor.

Para Teori Albino ZAVASCKI

em regra, a ausência do requisito do inadimplemento deve ser alegada pela via de embargos (art. 741, II, e art. 745, do CPC). Porém, em certas circunstâncias, sendo notório o adimplemento ou a inexigibilidade (e por notório há de se entender o fato cuja comprovação independe de dilação probatória), nada impede que o juiz conheça a matéria de ofício. E sendo conhecível de ofício, nada impede que o próprio executado a suscite, independentemente de penhora ou de embargos, por simples petição, mediante via que convencionou denominar exceção de pré-executividade.¹⁴⁵

¹⁴² Ibid., p. 165.

¹⁴³ Ibid., p. 167.

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ ZAVASCKI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 162.

Porém, há quem pense o contrário. José Ysnaldo Alves PAULO afirma que o adimplemento que provaria inexistir o requisito alegado pelo exeqüente como título executivo para admissibilidade do processo de execução, não pode ser objeto da exceção de pré-executividade, pois trata-se de matéria de mérito, “embora esteja evidenciado, se verdadeira aquela prova, que inquinaria nas bases o processo de execução”. Segundo este autor, para tal faz-se necessário que o devedor-executado utilize-se dos embargos à execução, “sede própria para quaisquer discussões sobre o mérito.”

José Miguel Garcia MEDINA também considera que não é possível a alegação de pagamento pela via da exceção de pré-executividade. Isto porque não lhe parece correto o entendimento de que só caberia este meio de defesa do executado se possível reconhecer o vício através de prova documental apresentada. Considera que, no caso, “de duas uma: a) ou se admite o emprego de quaisquer provas, porque não há norma jurídica que vede seu emprego; b) ou, então, não se permite o uso de qualquer espécie de prova, o que nos parece mais acertado, ante a regulação do Livro III do CPC, a respeito.”¹⁴⁶ Assim sendo, não se pode admitir a arguição de matérias que dependam de dilação probatória por este meio de defesa.

Como se percebe, nos casos de alegação de pagamento e de outros, como por exemplo de falsidade de assinatura do devedor, o vício muitas vezes não é perceptível *prima facie*, pela simples análise dos documentos trazidos pelo credor. Nestes casos a análise do vício está condicionada ao exame dos fatos e dos documentos trazidos pelo devedor, fazendo-se necessário que haja contraditório, pois é preciso que se permita ao credor que se manifeste a respeito dos mesmos.

A questão que se apresenta, e que leva a controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, é de que referido procedimento equivaleria a admissão de uma fase de conhecimento dentro do processo executivo o qual comporta somente atos satisfativos do direito do credor. Muitos consideram que esta “abertura ao contraditório” no seio do processo de execução acabaria por desnatura-lo. Porém, a maior parte da doutrina entende que deve haver a ouvida da outra parte *sempre*, sob

¹⁴⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil: princípios fundamentais**. São Paulo: RT, 2002, p. 281.

pena de se ferir o princípio do contraditório e da ampla defesa, garantidos pela Constituição Federal¹⁴⁷.

5.1.2.2 Prescrição

As exceções de direito material são matérias que o juiz só pode conhecer quando invocadas pelo interessado. A mais comum delas é a prescrição, matéria típica de embargos.¹⁴⁸ Sendo assim, em princípio é matéria sujeita a ser alegada no prazo preclusivo daqueles e somente após seguro o juízo.

Quanto a prescrição, importa dar especial atenção ao momento de sua alegabilidade. Para Edson Ribas MALACHINI

no caso de embargos à execução de título executivo judicial incide inequivocamente o art. 741, VI, a estabelecer a preclusão da alegabilidade dessa exceção, quando seja ela anterior à sentença, ou, mais exatamente, ao último momento em que, no processo de cognição (antes do julgamento final), a parte podia argui-la. No caso dos embargos à execução de título extrajudicial, como não houve processo anterior, não se apresenta o problema.¹⁴⁹

Para o referido autor, assim sendo, no primeiro caso, em que a prescrição sequer poderia ser alegada via embargos, por óbvio não é possível sua alegação via defesa intraprocessual. Já no segundo caso, em que é possível a alegação da prescrição via embargos, não lhes parece correto entender que possa haver preclusão que venha a impedir o executado de alegar a prescrição quando o executado não o tenha feito no prazo para os embargos. Portanto, o executado pode argui-la a qualquer momento no próprio processo executivo, por simples requerimento, ainda que sujeito às conseqüências do descumprimento do ônus previstas no art. 22 do CPC.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Vide capítulo 5.3.

¹⁴⁸ Nem se discute que em se tratando de título extrajudicial, somente pode-se tratar de prescrição superveniente à sentença, conforme dispõe o art. 741, IV, do CPC.

¹⁴⁹ MALACHINI; ASSIS, p. 360.

¹⁵⁰ "Art. 22 – O réu que, por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios." Edson Ribas MALACHINI esclarece, ainda, que "não se pode estender a vedação do art. 741, VI – que tem sua *ratio* justamente no fato de já ter havido processo anterior, em que houve oportunidade para ser oposta a exceção –, ao processo de execução de título extrajudicial". MALACHINI; ASSIS, p. 361.

Esse é, também, o posicionamento de Alberto Camiña MOREIRA ao afirmar que não há razão para a exceção de pré-executividade subordinar-se a prazo de validade, já que todas as matérias passíveis de arguição por exceção podem ser opostas em qualquer tempo no curso do processo. Ressalta que no processo de execução de título extrajudicial a prescrição pode ser alegada a qualquer momento. Já o processo de execução de título judicial apresenta particularidades pois, se o devedor não a arguiu no processo de conhecimento, seu silêncio deve ser interpretado como renúncia tácita e, conseqüentemente, não poderá fazê-lo no subsequente processo de execução.

Explica que “a extinção do procedimento e o trânsito em julgado sepultam a faculdade de alegação da prescrição. Todavia, como se depreende do art. 741, VI, do CPC, se ocorreu prescrição superveniente à sentença, pode ela ser argüida e reconhecida.”¹⁵¹

Sergio SHIMURA destaca que a prescrição não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, exigindo alegação da parte para ser apreciada. Porém, embora parte da doutrina considere impossível seu exame através da exceção de pré-executividade, visto não se tratar de matéria de ordem pública, considera que é possível seu exame por essa via de defesa, independentemente da penhora. Entretanto, defende que para tal faz-se necessário que se salte aos olhos, de forma imediata e óbvia, a ocorrência da prescrição ao simples exame do título executivo.¹⁵²

No mesmo sentido Eduardo Arruda ALVIM, para quem a prescrição pode ser conhecida pela via da exceção de pré-executividade. Isto porque, estando o título prescrito, não se reveste da condição de exigibilidade, necessária ao ajuizamento de qualquer execução a teor do art. 586 do CPC, sob pena de nulidade (art. 618, I, do CPC).¹⁵³

¹⁵¹ MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 171.

¹⁵² SHIMURA, p. 80.

¹⁵³ Neste sentido o seguinte julgado “TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO. ADMISSIBILIDADE DE SUA ALEGAÇÃO A QUALQUER MOMENTO, INDEPENDENTEMENTE DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR. – (...) é lícito ao devedor alegar também, como a prescrição, as nulidades do art. 618 do CPC. Tanto um quanto outro instituto visam obstar os efeitos nocivos de uma execução natimorta, ou sem título que a embase ou que ele tenha perdido sua força creditícia.” SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Cível. Ag. de Ins. 741.094-2. 5. Câmara. Rel. Joaquim Garcia, julgam. 18.06.1997.

José Miguel Garcia MEDINA afirma que ocorrendo a provocação da parte interessada para o exame da prescrição através da exceção de pré-executividade, tem-se admitido ser possível o conhecimento de tal matéria na própria ação executiva, independentemente da realização da penhora. Isto porque “não seria razoável exigir-se a penhora para se possibilitar a alegação de prescrição em embargos que, sendo acolhidos, levariam à extinção da execução e da própria penhora efetuada.” Porém, ressalva que se trata de questão bastante complexa, já que a arguição de tais matérias no curso do processo de execução importa em um desvirtuamento da estrutura de tal modalidade de processo.

Termina por apontar que a arguição delas, em sede de exceção de pré-executividade, esbarra em dificuldades que desaconselham seu uso.¹⁵⁴

Com tal afirmação, o referido autor acaba por demonstrar sua restrição a possibilidade de arguir a prescrição através da exceção de pré-executividade. Neste ponto, parece divergir da maior parte doutrina que admite a alegação da prescrição por esta via de defesa.

5.1.3 Da Prova Pré-Constituída

Para evitar abusos na utilização da exceção de pré-executividade, estabeleceu-se que as matérias passíveis de serem opostas mediante esta via de defesa são as que comportam provas preconstituídas do alegado, isto é, desde que a instrução do incidente limite-se a prova documental.

Alberto Camiña MOREIRA afirma que no processo de execução limita-se a cognição do juiz às matérias que ele possa conhecer de ofício e às que o executado possa alegar a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que a prova se dê por documento.¹⁵⁵

Não a dúvida de que havendo necessidade de instrução probatória não há que se falar em exceção de pré-executividade. Nestes casos, faz-se necessária a

¹⁵⁴ MEDINA, p. 278.

¹⁵⁵ MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 225.

segurança do juízo e a propositura dos embargos do devedor para discussão da matéria. Nas palavras de Eduardo Arruda ALVIM

não se pode admitir instrução probatória em sede de execução, sem que esteja garantido o juízo, sendo que a instrução, nesse caso, deve dar-se no bojo dos embargos do devedor. Todavia, para que o executado comprove a nulidade da execução, por exemplo, poderá ser necessária a juntada de algum tipo de documento que demonstre cabalmente ao juiz o equívoco daquele processo de execução. A produção de provas, então, estaria restrita aos documentos que puderem ser apresentados concomitantemente à exceção de pré-executividade e que tenham o condão de demonstrar a insubsistência da execução. Nos demais casos, ainda que seja argüida a nulidade da execução, sendo necessário perícia, prova testemunhal etc., o executado deverá se submeter à via dos embargos à execução, garantir o juízo e, então, produzir as provas necessárias à comprovação de seu direito, não no seio da execução, mas dos embargos.¹⁵⁶

Portanto, a única prova admissível na exceção de pré-executividade é a documental. Afinal, “não é compatível com o respectivo procedimento, que tem de conceber-se como simples – deixando-se o procedimento complexo para o processo de embargos à execução -, a dilação probatória.”¹⁵⁷

Paulo Henrique dos Santos LUCON vem corroborar tal posicionamento ao afirmar que “exigindo a exceção de pré-executividade a dilação probatória, torna-se imperiosa a oposição de embargos.”¹⁵⁸

No mesmo sentido manifesta-se José Alonso BELTRAME para quem o fato deve estar demonstrado de forma plena e cabal, sem necessidade de dilação probatória. “Deve ser incontroverso e acompanhado de prova documental pré-constituída, demonstrável de plano (...) pois a pré-executividade só é viável quando a objeção é evidente, não dependendo de realização de provas.”¹⁵⁹

Marcelo de Lima GUERRA afirma haver duas ordens de vícios relativos aos requisitos de admissibilidade da execução. A primeira é composta por vícios que não carecem de produção de prova, podendo ser verificados *prima facie* mediante a

¹⁵⁶ ALVIM, p. 226.

¹⁵⁷ MALACHINI; ASSIS, p. 362/363.

¹⁵⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: análise e perspectiva. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 1998, p.351.

¹⁵⁹ BELTRAME, p. 341/342.

análise da petição inicial e dos documentos constantes nos autos. Tais vícios podem ser conhecidos de ofício pelo juiz, na medida em que, inclusive, enseja o indeferimento da inicial. É o caso, por exemplo, do título não vencido. A segunda ordem é composta por vícios que requerem a produção de provas para a verificação de sua existência. Neste caso, o juiz somente terá condições de decidir se houver a produção de provas pelo devedor e a conseqüente manifestação do credor (sob pena de ferir o princípio do contraditório). É o caso, por exemplo, da falsidade de assinatura constante do título.

Na opinião do autor, a exceção de pré-executividade só seria cabível no primeiro caso, em que a constatação do vício independe da produção de provas, o que poderia desnaturar o procedimento executivo.

Os autores que defendem este posicionamento sustentam que abrir uma fase de conhecimento dentro do processo de execução, em que haja dilação probatória e contraditório, poderia causar um prejuízo ainda maior do que aquele que se pretendia evitar ao admitir-se a exceção.

Nelson RODRIGUES NETTO ressalta que a apresentação da exceção de pré-executividade não suspende o processo executivo, motivo pelo qual é importante que esta venha com a prova pré-constituída, comprovando as alegações, para que, mediante cognição e contraditório sumários, seja possível ao juiz decidir.¹⁶⁰

Portanto, a exceção de pré-executividade é viável sempre que seja possível ao juiz a verificação do vício pela análise dos elementos constantes dos autos e trazidos pelo credor com a inicial a execução.

Nas palavras de Tarlei Lemos PEREIRA “havendo nos autos arguição de nulidade lastreada em prova préconstituída, o Juiz deverá apreciá-la; não sendo suficiente a prova produzida, deve-se postergar a discussão para os embargos.”¹⁶¹

¹⁶⁰ RODRIGUES NETTO, p. 34.

¹⁶¹ PEREIRA, p. 774.

A jurisprudência pátria praticamente firmou posicionamento no sentido da impossibilidade de dilação probatória ampla no seio do processo de execução através da exceção de pré-executividade.¹⁶²

5.1.3.1 Da cognição na exceção de pré-executividade: exauriente ou sumária?

Nelson RODRIGUES NETTO destaca que a técnica de cognição na exceção de pré-executividade é semelhante à exercida no processo de mandado de segurança, com a produção de prova pré-constituída para demonstração do direito líquido e certo¹⁶³. Não há espaço para dilação probatória, além dos documentos que são acostados a inicial.¹⁶⁴

Quanto à cognição no mandado de segurança, destaque-se as palavras de Luiz Guilherme MARINONI para quem “o mandado de segurança, como é curial, exige o chamado ‘direito líquido e certo’, isto é, prova documental anexa à petição inicial e suficiente para demonstrar a afirmação da existência do direito.”¹⁶⁵

¹⁶² “Agravado de instrumento – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – TEMAS CUJA DISCUSSÃO APENAS SE VIABILIZA NOS RESPECTIVOS EMBARGOS – RECURSO IMPROVIDO. As exceções de pré-executividade, assim as que dizem respeito aos requisitos genéricos que condicionam a legitimidade da relação processual, como aquelas específicas do processo de execução, tais as referentes à certeza, liquidez e exigibilidade do crédito, só podem ser em tese acolhidas, quando evidenciada, *prima facie*, a absoluta impossibilidade de prosperar a execução ajuizada. Transplantar-se para o agravo de instrumento discussão que só se oportuniza nos respectivos embargos à execução, constitui quebra do *due process of law*, que por tratar-se de princípio – garantia dos litigantes não pode ser flanqueado através de artifício processual que visa, precipuamente, o exame de temas de defesa, sem prévia segurança do juízo pela penhora. Agravo improvido.” Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento 187070735, julgado em 26/11/87, 4ª Câmara Cível, Relator Jauro Duarte Gehlen. “EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Não deve ser acolhida quando o integral esclarecimento da matéria alegada depende de verificação probatória, cujo palco próprio é a instrução nos embargos a execução fiscal.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Ag. de Inst. 197073174. 2. C. Cív. Rel Roberto Laux. Julgado em 19.06.1997.

¹⁶³ MARINONI define esta técnica de cognição como exauriente *secundum eventum probationis*. Kazuo WATANABE defende que nesta técnica de cognição não há limitação à extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes. O autor ainda afirma que “aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou mesmo do *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes nos autos...” WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 114/119.

¹⁶⁴ RODRIGUES NETTO, p. 36.

¹⁶⁵ Destaca, ainda, que “quando o direito afirmado no mandado de segurança exige outra prova além da documental, fica ao juiz impossível o exame do mérito. No caso oposto, ou seja,

Assim sendo, resta demonstrada a semelhança da cognição no mandado de segurança e na exceção de pré-executividade, que exaure-se com a prova da demonstração de sua alegação. Eventual dilação probatória somente poderá ser realizada em cognição plena pela via dos embargos à execução.

Kazuo WATANABE afirma que, numa sistematização bastante ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (quanto a extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No plano horizontal a cognição teria por limite os elementos objetivos do processo (questões processuais, condições da ação e mérito), neste plano a cognição deveria ser plena ou limitada (ou parcial) conforme a extensão permitida. Já no plano vertical, a cognição pode ser classificada em exauriente (completa) ou sumária (incompleta), conforme o grau de sua profundidade.¹⁶⁶

Para Sandro Gilbert MARTINS os critérios definidos para a admissibilidade da exceção de pré-executividade tem íntima relação com a cognição – horizontal e vertical – que se pode verificar dentro da execução. Porém, embora esta seja a posição majoritária, lhe parece equivocado restringir a cognição horizontal. Isto porque na execução não há impedimento para que se conheça das matérias vinculadas ao trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito. Sendo assim, para o autor, limitar a exceção de pré-executividade à matéria cognoscível de ofício, afastando a possibilidade de se suscitar exceções substanciais, não está correto. Já no que se refere a cognição no plano vertical, sua restrição no processo de execução lhe parece correta. Isto porque uma dilação probatória – que poderá ser demorada e trabalhosa – não deve ser admitida no bojo da execução. Tal cognição exauriente poderia desnaturar a própria execução. Destarte, havendo discussão que necessite de instrução para o convencimento do juiz, esta deverá ser remetida a outro momento, de regra, aos embargos à execução.¹⁶⁷

quando apresentadas provas suficientes, o juiz julgará o mérito e a sentença, obviamente, produzirá a coisa julgada material. Como está claro, o mandado de segurança é processo que tem o exame do mérito condicionado à existência de prova capaz de fazer surgir cognição exauriente.” MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 24/25.

¹⁶⁶ WATANABE, p. 111/112.

¹⁶⁷ MARTINS, p. 87/89.

De fato, a cognição na execução, se houver, deverá ser sumária.¹⁶⁸ Sendo assim importa reconhecer que “o conteúdo da exceção, seja defesa processual, seja defesa de mérito, possa ser provado de plano pelo executado, sem a necessidade de produção de qualquer tipo de prova, a não ser a que estiver instruindo o pedido ou puder ser de pronto requisitada pelo juízo da execução.”¹⁶⁹

Parte da doutrina pensa que a cognição na defesa intraprocessual pode ser exauriente. Como exemplo, cita-se Alberto Camiña MOREIRA, para quem “por ser limitada a certas matérias, não há, quanto à extensão, cognição total (...) Quanto à profundidade da cognição, pode ser exauriente, pois, por ser apenas documental, isto é, *secundum eventum probationis*, o juiz não encontra limites na apreciação.”¹⁷⁰ Portanto, verificando-se através dos documentos constantes dos autos a veracidade dos fatos, considera-se que há cognição exauriente.¹⁷¹

Nas palavras do autor “admitido que só a prova documental pode instruir pedido de extinção por exceção de pré-executividade, é certo que, sobre ela, a cognição, quanto a profundidade, será exauriente. A limitação existente para o

¹⁶⁸ Para Sandro Gilbert MARTINS por ser a cognição na exceção de pré-executividade apenas sumária, não haverá certeza sobre a relação material que através dela venha a ser discutida e, portanto, não se produzirá coisa julgada material. Sendo assim, a exceção de pré-executividade que acarretar o fim da execução produzirá o único efeito do fim da atividade executiva. Portanto, torna-se possível a rediscussão da matéria em outra demanda, já que não se verifica o fenômeno da coisa julgada material. Com esta declaração o autor discorda da afirmação de que a exigência de prova pré-constituída remeta a cognição exauriente, como afirmam; Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier em Sobre a objeção de pré-executividade, Alberto Camiña Moreira, entre outros.

¹⁶⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A Defesa do Executado e dos Terceiros na Execução Forçada**. São Paulo: RT, 2000, p. 117.

¹⁷⁰ MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 51.

¹⁷¹ Alberto Camiña MOREIRA afirma que o acolhimento da exceção de pré-executividade não implica, na maioria das vezes, na formação de coisa julgada, posto que se veiculará questão processual, pressupostos processuais ou condições da ação, cuja ausência leva à extinção sem julgamento do mérito. Porém, considera que em algumas hipóteses é possível reconhecer a existência de coisa julgada no processo de execução, como no acolhimento de arguição de pagamento ou prescrição, por exemplo. In: MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 214/215. No mesmo sentido Mariana Tavares ANTUNES, em seu artigo “A exceção de pré-executividade e os recursos cabíveis de seu indeferimento e de seu acolhimento”, destaca que quando a exceção de pré-executividade traz para o bojo da execução a análise de questões próprias dos embargos, entende que, em determinados casos, a sentença que acolhe a exceção produz coisa julgada material, já que há efetivamente julgamento do mérito. Cite-se, ainda, José Alonso BELTRAME para quem se forem discutidas e decididas na execução questões prejudiciais (através de exceção de pré-executividade), como pagamento, prescrição, etc, e estas forem acolhidas pelo juiz, “extingue-se a execução, com todas as consequências disto advindas, inclusive a coisa julgada.” BELTRAME, p. 346.

executado está nas matérias que se pode deduzir, mas, uma vez alegadas, passam pelo crivo da cognição plena e exauriente.”¹⁷²

Portanto, seja matéria de ordem pública, seja matéria que exija arguição pelas partes, se a prova documental mostrar-se tênue, difusa ou obscura, compete ao juiz examina-la e discuti-la em sede de embargos à execução, ação de conhecimento em que pode haver ampliação da cognição no plano vertical e horizontal.¹⁷³

5.2 QUANTO A FORMA – DEFESA INTRAPROCESSUAL

É de se ressaltar que a exceção de pré-executividade é oposta por simples requerimento (simples petição). O fundamento para tal reside no fato de que

o direito de defesa do executado e o princípio do contraditório não podem nunca ser preteridos, mas, sempre que o contraditório possa ser assegurado por um simples requerimento, essa é a via que permitirá colmatar as lacunas das normas que regulam a defesa do executado, com as vantagens da maior simplicidade do meio (princípio da economia processual) e da não-violação dos limites inerentes ao processo de execução.¹⁷⁴

Note-se que ao permitir-se a defesa diretamente no processo de execução por simples petição, estar-se-á a respeitar o princípio da economia processual, pois o devedor estará evitando que a máquina do Judiciário movimente-se inutilmente.¹⁷⁵

A exceção de pré-executividade é, portanto, defesa endoprocessual ou intraprocessual (como prefere denominá-la Edson Ribas Malachini em seus Comentários ao CPC)¹⁷⁶, ou seja, incidente que se resolve no próprio processo de execução não exigindo a formação de um procedimento lateral, como ocorre nos

¹⁷² MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 217.

¹⁷³ SHIMURA, p. 82.

¹⁷⁴ MARTINS, p. 91.

¹⁷⁵ Percebe-se, portanto, que o princípio do contraditório é fundamento direto para a exceção de pré-executividade, enquanto o princípio da economia processual constitui fundamento indireto para ela.

¹⁷⁶ Ressalte-se que estes autores também utilizam a expressão “defesa infraprocessual”.

embargos. Trata-se de defesa apresentada pelo executado na própria execução, mediante simples petição nos autos respectivos. É forma de defesa à disposição do executado com o objetivo de alertar o juiz sobre a existência de vícios ou falhas relacionados a admissibilidade da execução e, assim, obter a extinção do feito executivo, pois tem por fim impedir o início ou o prosseguimento dos atos executivos que não estão em conformidade com os ditames legais.

Sandro Gilbert MARTINS opta por classificar a exceção de pré-executividade como defesa endoprocessual, embora faça uma ressalva ao afirmar que tal classificação esteja desapegada da boa técnica, pois o instituto tem natureza de incidente processual que, em sentido lato, “é o fato jurídico novo, voluntário ou involuntário, que cai sobre o processo que já existe ou está em movimento, podendo interromper, obstacularizar seu curso normal.”¹⁷⁷ Ocorre que a exceção de pré-executividade é incidente que se resolve no próprio processo de execução, não exigindo a formação de um procedimento lateral, como os embargos. Destarte, embora ambas as formas de defesa do executado tenham natureza jurídica incidental, preferiu classificá-la como defesa endoprocessual.

5.3 QUANTO A OPORTUNIDADE

Note-se que não há prazo fatal para o ingresso da exceção de pré-executividade, uma vez que não há preclusão para se alegar de matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz.¹⁷⁸

Como afirma Tarlei Lemos PEREIRA, “considerando que as matérias atinentes aos requisitos da execução não estão sujeitas aos efeitos da preclusão, afigura-se impossível a fixação de prazo para apresentação da exceção de pré-

¹⁷⁷ MARTINS, p. 90.

¹⁷⁸ “EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ALEGAÇÃO QUE ATACA O PRÓPRIO TÍTULO EXECUTIVO – MATÉRIA QUE PODE SER ALEGADA A QUALQUER TEMPO – Arguição nos próprios autos. Admissível o oferecimento da exceção quando a alegação ataca o próprio título executivo.” SÃO PAULO. 2º Tribunal de Alçada Cível. AI 552.264. 2. Câmara. Rel. Juiz Ruy Coppola. Julgam. 22.10.1998.

executividade, sendo certo que poderá ser oferecida desde o ajuizamento da ação executiva.”¹⁷⁹

Edson Ribas MALACHINI expõe que,

se no processo de cognição a alegação pode ser feita fora de sua *sedes materiae*, a *contestação* – já que pode sê-lo em momento posterior a sua apresentação, ou ao prazo estabelecido para ela, de igual forma o executado pode alegar matéria cognoscível de ofício após ter apresentado os embargos à execução, ou após o respectivo prazo de preclusão (...) e a *fortiori*, antes mesmo do início do prazo para os embargos (e, portanto, independentemente da segurança do juízo)¹⁸⁰

E, ainda, que “se o juiz devia ter examinado a questão ao examinar a petição inicial da ação executiva, não se pode, evidentemente, considerar extemporânea, prematura, a arguição da questão pela parte. Como se poderia considerar prematura a suscitação de uma questão que já devia ter sido apreciada *ex officio* pelo juiz?”¹⁸¹

Este autor entende que quando a exceção de pré-executividade é apresentada após a proposição dos embargos a execução, não se pode considerar que haja novo pedido em acréscimo ao que foi anteriormente feito (via embargos). Isso porque a defesa intraprocessual traz matéria de conhecimento obrigatório pelo juiz, no próprio processo executivo. Logo, não se trata de aditamento à petição inicial dos embargos, mas sim de formulação de outro requerimento, autônomo, apresentado no processo.

Por certo que, sendo a matéria alegada através de exceção de pré-executividade de ordem pública, não há o que discutir acerca da possibilidade de sua arguição a qualquer tempo, mesmo após o prazo para os embargos.

Porém, importa observar que parte da doutrina sustenta que quando as matérias alegadas forem de mérito não há como aceitar sua arguição via exceção de pré-executividade a qualquer tempo.

Para José Alonso BELTRAME, quando a exceção envolver matéria de ordem pública, pode ser articulada a qualquer momento enquanto não terminada a

¹⁷⁹ PEREIRA, p. 771.

¹⁸⁰ MALACHINI; ASSIS, p. 200.

¹⁸¹ Ibid, p. 201.

execução. Porém, aponta que não se pode dizer o mesmo quando a matéria alegada é de mérito. Neste caso, as exceções deverão ter o limite temporal dos embargos.

Em sentido análogo, Sandro Gilbert MARTINS entende que nada impede que tal defesa seja apresentada após a constrição já realizada, ou mesmo depois da oposição dos embargos, *desde que a irregularidade apontada na exceção de pré-executividade não seja objeto de discussão dos embargos*.¹⁸² No entanto, tal posição não é unânime.

Já Edson Ribas MALACHINI manifesta posicionamento diverso. Ao tratar do cumprimento da obrigação argüido através da exceção de pré-executividade, o autor ensina que executado pode tomar a iniciativa de fazer a alegação de pagamento, ainda que decorrido o prazo para propositura dos embargos, por simples petição. Isto porque consideram tratar-se de questão da qual o juiz tem o dever de conhecer, independentemente de alegação da parte interessada e que, sendo assim, a parte ao “pedir” para que o juiz exerça tal cognição, apenas lembra-lhe o exercício de dever seu.

O autor, conforme já demonstrado no presente trabalho,¹⁸³ também considera perfeitamente possível a alegação de prescrição, mesmo após decorrido o prazo para propositura dos embargos à execução. O executado poderia argüí-la a qualquer momento no próprio processo de execução, por simples requerimento.¹⁸⁴

Outra questão interessante que gera muitas divergências doutrinárias é a de saber se há ou não possibilidade de rediscussão de matéria argüida em exceção de pré-executividade rejeitada, pela via dos embargos.

A maior parte da doutrina entende que se a matéria argüida for de ordem pública nada obsta que esta venha a ser rediscutida nos embargos. Isto porque as matérias de ordem pública são insuscetíveis de preclusão, portanto podem ser argüidas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

¹⁸² MARTINS, p. 85.

¹⁸³ Vide capítulo 5.1.2.2., que trata da prescrição.

¹⁸⁴ MALACHINI; ASSIS, p. 361.

Este é o posicionamento de Mariana Tavares ANTUNES para quem não há óbice a reapreciação da matéria em sede de embargos a execução, tendo em vista ser a matéria de ordem pública e, assim sendo, não acobertada pelos efeitos da preclusão. Ademais, destaca que é em sede de embargos que se permitirá uma ampla discussão a respeito da matéria.¹⁸⁵

Como assinala Sérgio SHIMURA, “o fato de o devedor apresentar a objeção não o impede de reiterar o argumento em sede de embargos, porquanto, como dito, trata-se de matéria de ordem pública. Não há que se falar em *bis in idem*.”¹⁸⁶

Porém, a divergência surge quanto a possibilidade de rediscussão de matéria de mérito, alegada por meio de exceção de pré-executividade. Neste caso, dois aspectos devem ser analisados. Se a decisão proferida apenas rejeitar a exceção, sem que haja análise da matéria de mérito veiculada nesta defesa, a reapreciação da matéria através dos embargos é perfeitamente possível. Todavia, se houver a apreciação do conteúdo de mérito da exceção (em que seja alegada a prescrição ou o pagamento, por exemplo) e o julgador rejeitar a defesa após a análise da matéria de mérito (por entender que não houve prescrição ou pagamento, por exemplo), por certo que a matéria não poderá ser reapreciada em sede de embargos à execução.

Para Paulo Henrique dos Santos LUCON, quando houver alegação de matéria de mérito (exceção, que necessita de alegação da parte para ser apreciada pelo juiz) que não pode ser conhecidas de ofício pelo juiz “uma vez apresentada exceção de pré-executividade não poderá o executado reiterar os mesmíssimos argumentos por ocasião da oposição dos embargos.”¹⁸⁷ Haveria, para tais matérias, preclusão *pro judicato*.¹⁸⁸

¹⁸⁵ ANTUNES, Mariana Tavares. A exceção de Pré-executividade e os Recursos cabíveis de seu indeferimento e de seu acolhimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson [coord.]. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999, p. 469.

¹⁸⁶ SHIMURA, p. 76.

¹⁸⁷ Sendo assim, termina por concluir que “uma vez rejeitada a *exceção de pré-executividade* por decisão interlocutória, deverá o executado interpor o recurso de agravo, não podendo mais suscitar tal matéria pela via dos embargos do executado. A menos, é claro, que o julgador rejeite a própria admissibilidade da *exceção de pré-executividade*, reservando a discussão para o campo dos embargos.” LUCON, **Objeção na Execução – Objeção e Exceção de Pré-executividade**, p. 592.

Há, também, controvérsia a respeito da possibilidade de o juiz decidir sobre a exceção de pré-executividade sem a ouvida do exeqüente.

Na lição de José Ysnaldo Alves PAULO,

ao receber esta simples petição-denúncia que deve tratar unicamente de matérias apreciáveis de ofício (de ordem pública) e ser juntada nos próprios autos da execução, o juiz deve decidir de plano sem a ouvida do credor-exeqüente. Se poderia e deveria ter observado e decidido antes mesmo deste alerta, é como se este não tivesse havido.¹⁸⁹

Esse não é o posicionamento dominante. A maior parte da doutrina entende que há necessidade de ouvir a outra parte, sob pena de haver desrespeito ao princípio do contraditório.

Neste sentido, Eduardo Arruda ALVIM para quem “ainda que a defesa seja deduzida por meio da exceção de pré-executividade, deve-se instaurar um pequeno contraditório no seio da própria execução, de modo que o juiz possa ouvir o autor (exeqüente) antes de eventualmente por a cabo à execução.”¹⁹⁰

No mesmo sentido Alberto Camiña MOREIRA para quem

o julgamento imediato, sem oitiva do exeqüente, em desprezo à bilateralidade da audiência, atenta contra o princípio da igualdade. No processo de conhecimento a oitiva do autor se faz imperativo legal e, por maioria de razão, deve ser efetivada no processo de execução, em que há, ou deve haver, título executivo com presunção de liquidez e certeza, sendo incabível o julgamento no estado, sem oitiva do exeqüente. A juntada, por este, de documentos, leva à intimação do executado para manifestação sobre eles (art. 398 do CPC)¹⁹¹. Depois disso está apto o juiz a proferir decisão nesse sigelo e abreviado procedimento.¹⁹²

Tarlei Lemos PEREIRA destaca que o juiz poderá adotar dois procedimentos ao receber a exceção de pré-executividade: decidir a questão logo após a

¹⁸⁸ Sobre a preclusão *pro judicato*, vide: FERREIRA FILHO, Manoel Caetano, **A Preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

¹⁸⁹ PAULO, p. 210.

¹⁹⁰ ALVIM, p. 225.

¹⁹¹ “Art. 398 – Sempre que uma das partes requerer a juntada de documentos aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.”

¹⁹² MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 62.

apresentação da petição ou permitir a vista dos autos a parte contrária para que se manifeste a respeito. Destaca que a primeira hipótese não pode ser aceita por ferir flagrantemente o princípio do contraditório. Já a segunda hipótese coloca-se mais consentânea aos princípios processuais.

Tem-se como mais acertada a posição da doutrina dominante que considera necessário que o juiz ouça o credor-exeqüente antes de julgar a exceção de pré-executividade. Mesmo porque, caso contrário estar-se-ia a ferir o art. 5º, LV da Constituição Federal, que garante “... aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados em geral*...” o direito ao “...*contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*.”

5.4 QUANTO A SUSPENSÃO DO PROCESSO EXECUTIVO

A doutrina majoritariamente entende que não é possível a suspensão do processo de execução pela interposição da exceção de pré-executividade. Poucos são os autores que sustentam a possibilidade da suspensão pela mera apresentação da exceção.

Paulo Henrique dos Santos LUCON afirma que

ainda que se admita a exceção de pré-executividade (alegações relacionadas com o mérito na própria execução), não há prejudicialidade entre tal incidente e a execução. Isso porque a execução não se encerra com um julgamento de mérito, mas com uma sentença que declara cumprido o preceito constante do título executivo (desfecho unívoco ou único). Quando se fala de questão prejudicial, deve-se ter em mente um processo que se encerrará (ou poderá se encerrar) com uma sentença de mérito, o que, naturalmente, não é o caso da execução. Na verdade, os embargos são o único meio idôneo a propiciar a suspensão do processo executivo. Suspensividade da execução é, por força de disposição expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro (CPC, art. 739, § 1º), o efeito típico da oposição e recebimento dos embargos do executado. Sem disciplina legal, portanto, não é possível presumir um efeito suspensivo.¹⁹³

Alberto Camiña MOREIRA ensina que “a exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de

¹⁹³ LUCON, *Objecção na Execução – Objeção e Exceção de Pré-executividade*, p. 578.

amparo legal.”¹⁹⁴ Justifica tal posição afirmando que “fora da previsão legal, não há possibilidade de suspensão do procedimento, e não há norma genérica que dê ao juiz a faculdade de determinar a suspensão fora dos casos previstos.”¹⁹⁵

Nelson RODRIGUES NETTO adverte que a exceção de pré-executividade não suspende o processo de execução, “motivo assaz importante para que venha com prova pré-constituída, comprovando as alegações, para que, mediante cognição e contraditório sumário, seja possível ao juiz decidir”¹⁹⁶.

Eduardo TALAMINI também opina neste sentido. Para o autor, a arguição pelo devedor de questões relativas a matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz, se feitas na própria execução, não tem o condão de suspender o processo¹⁹⁷.

Porém, cabe esclarecer que em determinados casos não há outra solução que não determinar a suspensão do processo executivo quando apresentada a exceção de pré-executividade. Isso ocorrerá quando o juiz, pela análise da defesa, perceber que o prosseguimento do processo de execução poderá trazer ao “suposto devedor” prejuízos irreversíveis ou de difícil reparação. Portanto, demonstrada a plausibilidade da alegação pelo executado, o julgador terá de sustar o processo executivo.

Este é o posicionamento de Edson Ribas MALACHINI. O autor considera que, em princípio, a por ele denominada “defesa intraprocessual” não causa a suspensão do processo executivo. Essa suspensão é própria dos embargos, uma vez assegurado o resultado útil do processo. Consistindo a defesa intraprocessual na simples apresentação de petição nos próprios autos do processo de execução sem a segurança do juízo, não se justifica o sobrestamento dos atos processuais.

Entretanto defende que, excepcionalmente, pode-se admitir tal sobrestamento pelo juiz. Assim,

¹⁹⁴ MOREIRA, **Defesa sem Embargos do Executado**, p. 193.

¹⁹⁵ Ibid., p. 191.

¹⁹⁶ RODRIGUES NETTO, p. 34.

¹⁹⁷ TALAMINI, **Embargos do Executado**, p. 90.

quando a *petitio* é apresentada *antes* de ser realizada a penhora, a busca-e-apreensão da coisa móvel ou a imissão na posse do imóvel, e constatando o juiz desde logo a procedência da alegação, provada documentalmente (por exemplo, em casos de falta de título, de pagamento ou prescrição, ou de impenhorabilidade absoluta do bem indicado para a penhora na própria petição inicial da ação executiva), seria iníquo que ele determinasse tal ato de agressão ao patrimônio do executado.¹⁹⁸

Para Tarlei Lemos PEREIRA uma vez recebida a exceção de pré-executividade e reconhecida pelo Juízo a provável nulidade, inclusive abrindo-se vista à parte contrária para responder a alegação, não há alternativa senão a imediata suspensão do processo executivo, sob pena de, não o fazendo, permitir a efetivação de possível e ilegal ato expropriatório.¹⁹⁹

O mesmo pensa Eduardo Arruda ALVIM ao afirmar que enquanto pendente a exceção de pré-executividade deve-se suspender o curso da execução assim como o prazo para oferecimento dos embargos, pois, caso contrário, o incidente de exceção restaria esvaziado, “verdadeiramente inócuo, pois o executado certamente não correria o risco de ver a sua exceção afastada e, ainda, perder o prazo para interposição dos embargos.”²⁰⁰ Porém, ressalta que deve-se lembrar que na exceção não há dilação probatória, mas apenas a intimação para que o exeqüente a seu respeito se manifeste, em atenção ao princípio do contraditório.

Portanto, cabe ao juiz analisar o caso concreto e decidir se há ou não necessidade de suspender o trâmite da execução. Por certo que, a princípio, não se pode admitir a suspensão do processo executivo pela simples apresentação da exceção de pré-executividade. Isto porque, não há como suspender o processo sem que haja previsão legal para tanto. Porém, se o juiz desde logo constatar haver plausibilidade na alegação do devedor, deverá suspender o processo a fim de não causar maiores prejuízos a um “suposto” devedor que sequer deveria estar sendo executado.

¹⁹⁸ MALACHINI; ASSIS, p. 362.

¹⁹⁹ PEREIRA, p. 774.

²⁰⁰ ALVIM, p. 227.

6 CONCLUSÕES

6.1. Não há como afastar a incidência do princípio do contraditório no processo de execução, garantindo ao executado a ampla defesa. Há de se reconhecer que este princípio aplica-se a todos os tipos de processo, inclusive ao de execução, por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. O contraditório no processo de execução existe, embora limitado pela própria natureza deste tipo de processo. (Capítulo 2.3.)

6.2. A exceção de pré-executividade é criação doutrinária que desempenha o papel de meio de defesa do devedor. Objetiva impedir que uma execução manejada impropriamente promova ingresso indevido no patrimônio do executado. Não mais se discute quanto a sua admissibilidade, pois é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátrias. (Capítulo 3)

6.3. Não há lei que regule a exceção de pré-executividade. Porém, fundamentos jurídicos não faltam para que se reconheça sua aplicabilidade. (Capítulo 3.3)

6.4. Há de se reconhecer a impropriedade do termo “exceção de pré-executividade”. A denominação é, de fato, inadequada porém trata-se de expressão já consagrada pelo uso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. (Capítulo 4)

6.5. Não há divergência doutrinária quanto a possibilidade de alegação de matérias de ordem pública (e, portanto, cognoscíveis de ofício pelo juiz) pela via da exceção de pré-executividade. (Capítulo 5.1.1)

6.6. Grande é a polêmica quanto a possibilidade de alegar-se matéria de mérito no próprio processo de execução, por meio da exceção de pré-executividade. Parte da doutrina não admite o conhecimento de tais matérias fora da sede dos embargos à execução. Porém, há quem admita a arguição de matéria de mérito

através da exceção, desde que seja juntada aos autos prova documental suficiente para julgar esta defesa. (Capítulo 5.1.2)

Sendo assim, discute-se acerca da possibilidade de argüir-se pagamento e prescrição através da exceção de pré-executividade. Parte da doutrina entende que, havendo prova pré-constituída do fato alegado, é possível sua arguição por essa via de defesa. Há jurisprudência corroborando tal posicionamento. (Capítulo 5.1.2.1 e 5.1.2.2)

6.7. Somente são passíveis de ser opostas mediante exceção de pré-executividade as matérias que comportem prova pré-constituída do alegado. Portanto, a única prova admissível na exceção de pré-executividade é a documental, visto que a dilação probatória não é compatível com o procedimento da exceção, que tem de conceber-se como simples – deixando-se o procedimento complexo para o processo de embargos à execução. (Capítulo 5.1.3)

6.8. Quanto a forma, deve-se dizer que a exceção de pré-executividade é defesa apresentada diretamente no processo de execução, por simples petição nos autos respectivos. (Capítulo 5.2)

6.9. Por certo não há prazo fatal para o ingresso da exceção de pré-executividade quando esta tratar de matéria cognoscível de ofício pelo juiz e que, portanto, não está sujeita a preclusão.

Porém, a divergência surge quanto ao prazo para alegação de matéria de mérito por este meio de defesa. Há quem considere que tal arguição deve obedecer o limite temporal dos embargos (cite-se José Alonso Beltrame). Todavia, há quem sustente a possibilidade de alegar-se tais matérias mesmo após decorrido o prazo para propositura dos embargos à execução (cite-se Edson Ribas Malachini). Trata-se de questão controvertida, sobre a qual não existe posição unânime. (Capítulo 5.3)

6.10. Considera-se necessário que o juiz ouça o credor-exeqüente antes de julgar a exceção de pré-executividade. Não se deve admitir que o juiz decida sobre

esta defesa sem a ouvida do exeqüente, sob pena de ferir-se o princípio do contraditório sempre presente. (Capítulo 5.3)

6.11. Por fim, defende-se que, em regra, não é possível a suspensão do processo de execução pela simples apresentação de exceção de pré-executividade. Isto porque, não há como suspender o processo sem que haja previsão legal para tanto.

Porém, em determinados casos em que desde logo o juiz constate haver plausibilidade na alegação do devedor - e uma vez demonstrado que o prosseguimento do feito poderá trazer prejuízos irreversíveis ou de difícil reparação ao executado - deverá suspender-se o processo, a fim de não causar maiores danos a um “suposto” devedor que sequer deveria estar sendo executado. (Capítulo 5.4)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Exceção de Pré-Executividade. *In*: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 208/247.

ANTUNES, Mariana Tavares. A exceção de Pré-executividade e os Recursos cabíveis de seu indeferimento e de seu acolhimento. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson [coord.]. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999, p. 454/472.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Comentários ao Código de processo civil – do processo de execução, arts. 646 a 735**. v. 9. Ovídio A. Baptista da Silva [coord.]. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Comentários ao Código de processo civil**. v. VI, arts. 566 a 645. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BELTRAME, José Alonso. **Dos Embargos do Devedor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 55, ano 14, jul.-set. 1989, p.62/70.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Condições da ação na execução forçada. **Revista AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, n. 34, ano XII, jul. 1985, p. 42/67.

_____. **Execução Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A Preclusão no Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. tom. I: do processo de conhecimento, art. 270 a 281. São Paulo: RT, 2001.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Objeção de Pré-executividade – uma análise principiológica. *In*: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 446/465.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Forçada: controle de admissibilidade**. São Paulo: RT, 1995.

LACERDA, Galeno. Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo. **Revista AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, 1981, v. 23, p. 7/15.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado** (tradução da 2. edição italiana). Saraiva: São Paulo, 1952.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução** (com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: análise e perspectiva. *In*: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 1998.

_____. Objeção na Execução – Objeção e Exceção de Pré-executividade. *In*: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 568/595.

MALACHINI, Edson Ribas. **Questões Sobre a Execução e os Embargos do Devedor**, São Paulo: RT, 1980.

_____; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil** – do processo de execução, arts. 736 a 795. v. 10. Ovídio Araújo Baptista da Silva [coord.]. São Paulo, RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001.

MARTINS, Sandro Gilbert. **A defesa do executado por meio de ações autônomas**: defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil: princípios fundamentais**. São Paulo: RT, 2002.

MOREIRA, Alberto Camiña de. **Defesa sem Embargos do Executado** - exceção de pré-executividade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 18. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996.

_____. Exceção de Pré-executividade: uma denominação infeliz. **Informativo Semanal ADV/COAD 5/2000**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOURA, Mário Aguiar. **Embargos do Devedor** – teoria e prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Aide, ____.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. VII. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A Defesa do Executado e dos Terceiros na Execução Forçada**. São Paulo: RT, 2000.

PAULO, José Ysnaldo Alves. **Pré-executividade contagiante no Processo Civil Brasileiro**: objeção em execução forçada singular e universal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Exceção de Pré-executividade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, vol. 760, ano 88, fev – 1999, p. 767/785.

PONTES DE MIRANDA, Carlos Cavalcanti. **Dez Anos de Pareceres**. v. 4. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1975.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Exceção de Pré-executividade. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1999, n. 95, ano 24, jul. – set. 1999, p. 29/38.

SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. v. 2. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

SIQUEIRA FILHO, José Peixoto de. **Exceção de Pré-Executividade**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de Pré-executividade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Embargos do Executado. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1999, n. 93, ano 24, jan. – mar. 1999, p.90/108.

_____. Embargos à Execução de Título Judicial eivado de inconstitucionalidade. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2002, n. 106, ano 27, abr. – jun. 2002, p.38/83.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil**. v. 2. 5. ed. São Paulo: RT, 2002

THEODORO JUNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 23, ano VI, jul. – set. 1981, p. 173/191.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 20. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. II. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER Luiz Rodrigues. Sobre a Objeção de Pré-executividade. *In*: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 1998.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil – do Processo de Execução**, arts. 566 a 645. Ovídio Araújo Baptista da Silva [coord.]. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Título Executivo e Liquidação**. São Paulo: RT, 1999.